

L'ANTICHRÈSE

en Droit comparé

(Chine, Angleterre et France)

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Présentée et soutenue le Jeudi 7 Mai, à 16 heures

PAR

WOO SOO

JURY... { Président : M. DESSERTAUX, Professeur.
Suffragants... { M. DUMONT, Professeur.
M. FLOUR, Agrégé.



DIJON
IMPRIMERIE DU PALAIS — M. PORNON
Place du Palais-de-Justice, 6, Rue Bouhier
—
1936

L'Antichrèse en Droit comparé

(Chine, Angleterre et France)

Présentée et soutenue le Jeudi 7 Mai, à 16 heures

WOO SOO

JURY... { *Président* : M. DESSERTAUX, Professeur.
 { *Suffragants*... { M. DUMONT, Professeur.
 { M. FLOUR, Agrégé.



DIJON
IMPRIMERIE DU PALAIS — M. PORNON
Place du Palais-de-Justice, 6, Rue Bouhier

1936



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A Monsieur MARC DESSERTAUX, Professeur
à la Faculté de Droit de Dijon.

En hommage de ma profonde reconnaissance.

A mon Oncle Monsieur C. H. KUNG,
Affectueux hommage.

A mes AMIS.

INTRODUCTION

Le créancier qui ne suit pas la foi de son débiteur, qui ne consent pas à se contenter du droit de gage général organisé en droit français par les articles 2092 et 2093, qui veut se mettre à l'abri de l'effet des obligations contractées ou des aliénations consenties par son débiteur, stipule des garanties ou des sûretés.

Ces sûretés, destinées à assurer le paiement de la créance, peuvent se diviser en deux catégories : les unes sont personnelles, les autres sont réelles.

Les premières, les sûretés personnelles, consistent dans l'engagement d'une personne à l'acquittement d'une obligation. Depuis que la contrainte par corps, autorisée comme sanction des contrats par l'article 2062 et le n° 5 de l'article 2060, a été abolie dans ce domaine par l'article 2 de la loi du 13 décembre 1848 et par la loi du 22 juillet 1867, elles ne comprennent plus que le cautionnement (1). La caution accède à l'engagement du débiteur principal, elle le double en quelque sorte, elle s'oblige à payer la dette pour le cas où il ne l'acquitterait pas lui-même. Le créancier a deux débiteurs, un débiteur principal et un débiteur accessoire. Il faudra que l'un et l'autre deviennent

(1) Toutefois, la solidarité peut dans quelques hypothèses jouer le rôle de sûreté personnelle. (Art. 1216 du Code civ.).

insolvables pour qu'il n'obtienne pas le paiement de sa créance.

Les sûretés réelles consistent au contraire dans l'affectation spéciale d'une chose (*res*, d'où réelles) à l'acquittement d'une obligation. La chose elle-même répond alors de l'exécution et le créancier aura le droit d'en poursuivre la réalisation pour obtenir son paiement. Ces sûretés réelles sont peut-être exposées à moins de risques que les sûretés personnelles; elles leur sont donc préférables. C'est l'idée qu'exprime le vieil adage : *Plus est cautionis in re quam in persona*.

Il peut y avoir sur les immeubles trois espèces de sûretés réelles : 1° Sûreté avec cession de la propriété au créancier; 2° Sûreté avec simple déplacement de possession; et 3° Sûreté sans déplacement de propriété ni de possession.

1° *Sûreté avec cession de la propriété au créancier*. — C'est le cas de la *fiducia cum creditore* romaine et de la vente à réméré dans l'ancien droit français. — La *fiducia cum creditore* ou aliénation fiduciaire pouvait s'analyser ainsi : le débiteur qui cherchait à emprunter offrait au prêteur de lui transférer par mancipation ou *in jure cessio*, l'un de ses biens, par exemple, le fonds Cornélien ou l'esclave Stichus, avec promesse par le créancier de retransférer ce bien au débiteur, si celui-ci payait à l'échéance (2). — La vente à réméré (ou contrat pignoratif) est une vente par laquelle le créancier reçoit un immeuble (terre) en pleine propriété; il le restituera si la dette est acquittée à l'échéance, sinon il en aura la propriété définitive. A l'époque franque, cette opération était fréquente; elle

(2) ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 4^e éd., t. I, p. 730 et s.

est encore usitée aujourd'hui (3). La propriété du fonds est conférée au créancier par voie d'investiture conditionnelle; le plus souvent la condition est résolutoire, c'est-à-dire que le créancier devient propriétaire *hic et nunc*, mais cesse de l'être si la dette est acquittée. Il arrive aussi que la condition est suspensive; le créancier ne devient propriétaire qu'à l'échéance, s'il n'est pas payé. Mais dans tous les cas, il détient le fonds; il en a la jouissance, sans que les fruits qu'il recueille viennent en déduction de la dette; il en acquiert la propriété définitive faute de paiement (solution contraire à l'esprit de certaines dispositions du droit français actuel qui proscrivent dans diverses hypothèses (3 bis) le pacte commissaire (art. 2088 du Code civil) et aux dispositions du droit romain qui ont proscrit à certaines époques la *lex commissoria*) ; et il n'aurait pas le droit de poursuivre le débiteur en offrant de lui restituer son gage. C'étaient des moyens employés pour tourner la prohibition du prêt à intérêt; les casuistes l'interdisent sous le nom de contrat pignoratif; il se distingue de la vente à réméré, qui est licite, par les deux traits suivants : la vileté du prix et la relocation immédiate du fonds au vendeur.

Voici l'exemple de la vente à réméré : Primus emprunte 10.000 francs à Secundus en lui donnant pour gage le fonds A; c'est comme s'il vendait A à Secundus pour 10.000 francs avec faculté de reprendre A

(3) BRISSAUD, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, t. II, p. 1503 et suiv.

(3 bis) Cette prohibition du pacte commissaire s'applique notamment, quand ce pacte est stipulé au profit d'un créancier gagiste ou hypothécaire.

pour ce prix, car dans les deux cas, Primus ne recouvre A qu'en payant 10.000 francs à Secundus. Au point de vue économique, la vente à réméré poursuit le même but que l'emprunt sur gage, car le propriétaire qui vend son fonds en se réservant la faculté de le racheter, n'agit ainsi que parce qu'il a besoin d'argent. Au point de vue juridique, la distinction est fort délicate. L'emprunteur sur gage peut, dit-on, être contraint à payer comme tout débiteur, tandis que rien n'oblige le vendeur à réméré à racheter son bien. Le premier garde la propriété du fonds engagé, tandis que le vendeur ne l'a pas. Ni l'une ni l'autre de ces différences n'existaient dans le très ancien droit.

2° *Sûreté avec simple déplacement de possession.*— C'est le cas du *pignus* du droit romain et de l'antichrèse française, appelée aussi le *mort-gage*, dans l'ancien droit. — Le *pignus* est un contrat par lequel une chose est remise en la possession du créancier avec le droit pour celui-ci de la garder tant que le débiteur ne l'aura pas payé. — Dans le *mort-gage* de l'ancien droit français, le débiteur mettait un immeuble en possession du créancier comme gage. Les fruits de cet immeuble étaient comme des intérêts payés au créancier, au moins dans la mesure où leur valeur excédait les frais d'entretien et de culture du fonds. Il y avait là une forme de l'usure tellement entrée dans les mœurs qu'elle passa longtemps inaperçue; au douzième siècle, l'Eglise se décida à la proscrire avec d'autant plus de rigueur qu'elle paraît avoir été pratiquée surtout par les établissements religieux. A partir de cette époque, le *mort-gage* disparut de la pratique française, sauf dans quelques cas exceptionnels (apanage de puînés ou dot de filles; don et aumô-

nes d'Eglise). Cet engagement (mort-gage) ne faisait jamais acquérir la propriété au créancier, si longtemps qu'il durât.

A la fin de l'ancien régime, on comprenait l'antichrèse comme une simple mise en gage des revenus, servant à assurer le service des intérêts de la dette dans des cas où un créancier de somme d'argent pouvait en toucher sans commettre le délit d'usure; mais elle n'entraînait pas de droit de préférence sur le prix de l'immeuble.

Le droit intermédiaire, en levant la prohibition du prêt à intérêt (lois du 13 octobre-3 novembr 1789), leva naturellement la prohibition de l'antichrèse.

Le Code civil n'avait aucun motif pour rétablir la prohibition, puisqu'il autorisait le prêt à intérêt et ne limitait pas le taux de l'intérêt; néanmoins, le projet était muet sur l'antichrèse, et le Code de 1804 ne lui a fait une place qu'à la suite des observations de plusieurs tribunaux d'appel du Midi dans les ressorts desquels cette sûreté était encore pratiquée. Quand la loi du 3 septembre 1807, abrogée en matière commerciale par la loi du 12 janvier 1886, a limité le taux de l'intérêt conventionnel, on a vu réapparaître les simulations qui avaient été imaginées dans l'ancien droit, employées cette fois pour déguiser des stipulations d'intérêts usuraires.

L'antichrèse actuelle peut être ainsi définie : L'antichrèse est le nantissement d'un immeuble. Elle confère au créancier, jusqu'à ce qu'il soit intégralement payé, un droit de rétention sur l'immeuble, et en outre un droit de jouissance, à la charge d'imputer le produit net de cette jouissance sur les intérêts d'abord et ensuite sur le capital de la créance.

Il résulte de là que le contrat d'antichrèse actuel diffère de celui de l'ancien droit en ce que le créancier ne perçoit pas les fruits de l'immeuble pour lui tenir lieu d'intérêts, mais les reçoit à charge de les imputer sur les intérêts s'il lui en est dû, et subsidiairement sur le capital. En effet, rien n'interdit d'ailleurs, réserve faite de la prohibition des conventions usuraires (formulée en dernier lieu par le décret du 30 octobre 1935), de faire le contrat que préoyaient les anciens auteurs : l'article 2089 autorise la clause par laquelle les fruits de l'immeuble se compenseront forfaitairement avec les intérêts; ce mode de procéder offre l'avantage d'éviter des comptes minutieux.

3° *Sûreté sans déplacement de propriété ni de possession.* — C'est le cas de l'*hypotheca* romaine et de l'hypothèque française. — L'hypothèque romaine constitue un droit réel prétorien sur la chose d'autrui, qui donne au créancier hypothécaire non payé le pouvoir de se faire mettre en possession (*jus possidendi*) des biens hypothéqués, et aussi, à partir du II^e siècle, le pouvoir de les faire vendre pour se payer par préférence sur le prix de la vente (*jus distrahendi*). L'hypothèque du droit romain s'appliquait non seulement aux immeubles, mais même aux meubles. — L'hypothèque française, droit réel accessoire, attaché à une créance, et grevant un immeuble, donne au créancier non payé à l'échéance le droit de saisir l'immeuble, en quelques mains qu'il se trouve (droit de suite), et de se faire payer par préférence sur les prix. C'est au XIII^e siècle que l'hypothèque a fait son apparition en France, et, à la différence de l'hypothèque romaine, elle ne portait que sur les immeubles et non sur les meubles. Mais comme en droit romain, l'hypothèque de l'ancien droit français était aussi clandestine (sauf

dans les pays de nantissement). C'est le Droit intermédiaire (loi du 9 Messidor an III) qui l'a rendue publique.

Le système de sûreté de l'ancien droit chinois se rapprochait plutôt du premier type : Le créancier acquérait sur l'immeuble affecté à la sûreté tous les droits qu'avait son débiteur (sauf qu'il n'avait ni la qualité ni le titre de propriétaire). Ce système ressemblait encore à la vente à réméré en ce sens qu'à l'échéance, le débiteur, faute d'exercer le rachat, perdait sa qualité et son titre de propriétaire de l'immeuble donné en antichrèse; ceux-ci seront acquis définitivement par le créancier (du moins depuis la loi édictée en l'an 18 du règne de Kien-Lung en 1753).

Cependant, l'« antichrèse » dans le très ancien droit chinois ne réalisait pas au sens propre une mutation de propriété. Cela venait de ce que l'ancien droit chinois (avant la dynastie de Yuan, c'est-à-dire avant 1277), comme, du reste, le droit soviétique contemporain, n'admettait pas qu'un particulier eût sur la terre un droit de propriété (4); c'était donc seulement un droit de jouissance très étendu, que le débiteur pouvait conférer à son créancier antichrésiste; et de ce que, après l'admission de la propriété individuelle, la famille était toujours hostile à une aliénation définitive. (5).

(4) Code civil soviétique, art. 21.

(5) En ce qui concerne l'aliénation des terres entre vifs, cette forme de propriété à cette époque se rapprochait de la propriété familiale et individuelle telle qu'elle était en droit frank au moment de la conquête et immédiatement après. Voir CHÉNON, *Histoire générale du droit français public et privé*, t. I, p. 414-419.

Il convient de mentionner ici une institution archaïque de l'antichrèse en droit babylonien (6), car elle ressemble beaucoup à celle de l'ancien droit chinois (et a même quelques traits identiques au droit chinois actuel) ; d'ailleurs, on ne sait pas laquelle de ces institutions est la plus ancienne. A Babylone, l'antichrèse était un moule, une formule servant à passer des actes nombreux : tels que des échanges, des louages, des actes de sûreté réelle, voire même de mariage (7), etc. Mais nous l'étudierons surtout comme constitutive de sûreté réelle, parce que c'est à ce point de vue que le droit babylonien se rapproche du droit chinois ; car, en Chine, l'antichrèse ne servait jamais à former d'autres actes.

Dans ces deux droits, le principe de cette sûreté était toujours fondé sur l'idée de contre-jouissance : Un propriétaire d'immeuble, terrain de culture ou maison, peu importe, avait besoin d'une certaine somme d'argent. Il s'adressait à un prêteur, qui, en échange des deniers qu'il consentait à lui procurer, recevait tout ou partie d'un immeuble en garantie. Le prêteur

(6) L'antichrèse en droit babylonien a été étudiée par E. REVILLOUT à l'école du Louvre et a été citée par H. LOBUT, *L'Antichrèse*, p. 7 et suiv., thèse, 1897.

(7) Citons un passage de la thèse de H. LOBUT : « D'après cette convention, le mari, en échange de la jeune fille qu'on lui donnait en mariage, remettait aux parents un capital déterminé. La mère se réservait de rompre le mariage en remboursant à son gendre le montant de sa créance antichrétique, de même qu'un propriétaire pouvait faire cesser la possession de son locataire en cas d'antichrèse (en cas de louage par antichrèse) sans terme fixe, en lui remboursant le montant de la créance antichrétique, base de cette possession. Le locataire antichrésiste ne pouvait pas, au contraire, mettre fin à son bail, quand aucun terme n'avait été prévu, et c'est là probablement ce qu'avait voulu la mère de la jeune fille qui la mariait ainsi en antichrèse. » *L'Antichrèse*, p. 10-11.

percevait les fruits de l'immeuble sans en rendre jamais compte, et de même, l'emprunteur gardait pour lui l'intérêt de l'argent.

L'équivalence de la jouissance est établie par estimation ou par la loi générale de l'offre et de la demande. Tant que cette somme n'était pas payée au créancier, l'immeuble restait à sa disposition. Il ne pouvait pas réclamer son argent et, bien qu'il eût une créance, pour le capital de cet argent, sur le propriétaire de l'immeuble qu'il occupait, la possession de cet immeuble tenant entre ses mains la place de cette somme, cette créance ne lui donnait aucun droit de poursuite. Quant au propriétaire de l'immeuble, il pouvait mettre fin à cette situation à son gré, s'il n'y avait pas de terme dans le contrat, mais à la condition de rembourser le créancier antichrésiste.

Il convient de mentionner également les trois formes de sûretés réelles du droit attique (8) :

La première forme était la vente à pacte de rachat (*prasis epi lusei*). Cette opération consiste dans une aliénation, une vente faite par le débiteur à son créancier du bien affecté à l'acquittement de l'obligation sous la condition toutefois que le débiteur, une fois qu'il aura complètement désintéressé son créancier, recouvrera le bien ainsi engagé ; mais, à défaut de paiement à l'échéance, le bien est définitivement acquis au créancier. Cette sorte de sûreté, qui offre une grande ressemblance avec la *mancipatio fiduciæ causa* du droit romain, était très fréquente à Athènes, et il en est souvent fait mention, soit dans les inscrip-

(8) BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, t. III, p. 176 à 178.

tions, soit dans les plaidoyers des orateurs. Ainsi, dans le plaidoyer de Démosthène contre Panténète, l'orateur nous montre ce dernier, qui voulait se procurer de l'argent pour payer ses créanciers, empruntant une somme de 105 mines auprès d'Evergos et de Nicobule en leur donnant, pour sûreté de leur créance, sa fabrique avec trente esclaves. Les prêteurs achètent la fabrique et les esclaves pour les 105 mines qu'ils prêtent à Panténète; mais celui-ci se réserve le droit de racheter les objets engagés dans un certain délai, moyennant le remboursement de la somme par lui empruntée. Démosthène lui-même raconte que, dans un besoin pressant d'argent, il se trouva contraint de recourir à un semblable expédient, et il ajoute que « dès lors les biens engagés appartenaient à ses créanciers ». Cette forme d'engagement n'est point, du reste, spéciale au droit attique, et on la voit pratiquée également dans d'autres cités grecques, notamment à Ténos, à Amorgos et à Lemos.

La seconde forme de sûreté réelle (*enechuron*) est celle qui correspond au *pignus* romain, et où la chose affectée à la garantie de la créance est simplement livrée au créancier en vue de l'en rendre possesseur et non pas propriétaire; mais cette possession, il a le droit de la retenir jusqu'à parfait paiement. La garantie peut alors avoir pour objet soit des meubles, ce qui est le cas du gage moderne, soit des immeubles, et correspondre ainsi à ce que nous appelons l'antichrèse.

Enfin, dans la troisième forme d'engagement, le bien affecté à la créance demeure également la propriété du débiteur, et celui-ci en conserve de plus la jouissance et en recueille les fruits; mais si, à l'échéance, il n'acquitte point sa dette, le bien engagé passe à son

créancier. Cette forme correspond à l'hypothèque du droit romain et des législations modernes. Elle n'est point d'ailleurs spéciale à Athènes, et on la retrouve dans d'autres villes de la Grèce, à Delphes, à Ephèse, à Amorgos, à Halicarnasse, à Naxos, à Délos, à Kymé, à Théra et à Cos. Dans ces différentes cités, le créancier n'acquiert sur l'immeuble hypothéqué qu'un droit éventuel de saisie, dont l'exercice est subordonné à l'insolvabilité du débiteur.

Utilité de l'antichrèse. — Depuis son introduction dans le Code civil français, l'antichrèse a compté sans cesse de nombreux détracteurs : on a même dit « qu'elle n'était pas un contrat de peuple civilisé » (9). Marcadé et Paul Pont disent : « L'antichrèse compromet le sort de la propriété et nuit au développement de l'agriculture : car on ne peut demander au créancier qu'il donne à la culture d'une terre par lui détenue passagèrement, les soins qu'on peut toujours attendre du propriétaire, ni qu'il dépense pour cette terre les capitaux sans le secours desquels elle dépérit et reste inféconde. » (10).

Et cependant, malgré les critiques qu'on lui fait et son apparente dureté, l'antichrèse est aujourd'hui encore pratiquée. Elle offre en effet une certitude considérable pour le prêteur puisqu'elle lui met les revenus de l'immeuble en mains, et que ses intérêts sont assurés.

(9) POUGEARD, *Explications à l'appui du projet de loi sur la réforme hypothécaire*, p. 4, cité par JALLÈS, *Les effets de l'antichrèse*, p. 2.

(10) MARCADÉ et PONT, *Commentaire des privilèges et hypothèques*, sous l'article 2114, t. I, n° 320.

« Ce contrat, dit très justement Berlier, qui a toujours figuré parmi nos institutions civiles, n'est pas seulement en faveur du créancier, il est utile au débiteur même, qui souvent ne pourrait traiter sans un tel recours. » (11). Il arrivera bien souvent, dans des affaires de toutes sortes, qu'un industriel, un commerçant, momentanément gêné, à court de capitaux, pourra s'en procurer au moyen d'une antichrèse qu'il constituera presque sans frais au profit d'un prêteur. Sans doute, il a la ressource de l'hypothèque, mais la constitution d'une hypothèque pourra ne pas offrir toujours les mêmes avantages. Tel ami, disposé à avancer des fonds avec une antichrèse en garantie, n'accepterait pas de prêter sur hypothèque : l'une peut être parfois très supérieure à l'autre.

Dans son *Traité des droits d'usufruit*, Proudhon a dit : « Ce contrat est utile au créancier, en ce qu'il lui fournit les moyens de se payer de ses propres mains, sans frais et sans être obligé d'en venir à des saisies, qui sont toujours désagréables à pratiquer et coûteuses dans leur résultat; et, par la même raison, le débiteur peut y trouver son avantage, en ce qu'il acquiert sa tranquillité et met obstacle aux poursuites annuelles qui pourraient être dirigées contre lui. » (12).

A titre d'exemple encore, nous citerons un des cas de son utilité dans l'ancien temps : *Le mariage à mortgage*. C'était celui d'un père qui, en mariant sa fille, avait promis une somme en argent et avait donné à son gendre des terres en gage pour en percevoir les fruits et soutenir les charges du ménage jusqu'à ce

(11) LOCRÉ, *Exposé des motifs*, t. 16, p. 32.

(12) *Traité des droits d'usufruit*, t. I, p. 84.

que la somme lui eût été payée. De Laurière explique ce que c'est que le mariage à mort-gage : « Ce n'était point un mariage *ad morganaticam*, mais un mariage par lequel une terre était donnée par un père ou une mère à leurs enfants pour en percevoir les fruits jusqu'à ce qu'elle eût été rachetée. » (13).

De plus, l'antichrèse peut quelquefois procurer le moyen d'exploitation de la propriété, notamment, les travailleurs agricoles n'ont pas assez d'argent pour acheter des terres, mais avec l'antichrèse, ils peuvent obtenir un fonds de culture. En ce qui concerne les soins donnés aux terres, il n'est pas toujours exact, que ceux du créancier soient moindres que ceux du débiteur, car, du moins dans le cas forfaitaire, les fruits tiennent lieu d'intérêts, qui encouragent plutôt le créancier à donner davantage de soins à la terre engagée.

Enfin, on se demande pourquoi l'antichrèse subsiste encore dans notre société ? Une réponse sans hésitation s'impose : parce qu'on la jugeait utile, et non comme un pis-aller.

Il faut noter toutefois que, si l'antichrèse est encore pratiquée en France, elle est d'un usage un peu exceptionnel. Cela tient sans doute :

a) A ce qu'elle est moins commode que l'hypothèque pour le créancier. Un capitaliste exerçant n'importe quelle profession peut prêter avec hypothèque sur une terre ; le prêt sur antichrèse sur la même terre ne peut guère (pratiquement) être fait que par un cultivateur, apte à la faire valoir.

b) A ce qu'elle est plus dure pour le débiteur. Le

(13) *Glossaire*, v° Mariage à mort-gage.

débiteur hypothécaire garde la possibilité d'utiliser son champ pour réaliser un gain qui lui permettra d'éteindre sa dette; le débiteur antichrésiste, lui, ne le peut plus. Il a perdu son gagne-pain.

c) A ce qu'elle est moins souple pour les deux. Quand le débiteur veut se procurer, sur garantie hypothécaire, une grosse somme (moindre d'ailleurs que la valeur de son immeuble), s'il ne se trouve pas de capitaliste disposé à avancer toute la somme, plusieurs peuvent la fournir par fractions, en une ou plusieurs fois, car on conçoit les hypothèques multiples sur le même immeuble; on ne conçoit guère, au contraire, les antichrèses multiples.

Importance de la question en Chine. — L'hypothèque moderne de type français s'introduisit assez tardivement en Chine. En raison de sa nouveauté, on ne s'y est pas encore bien habitué; et on se sert encore assez souvent de l'ancien mode de sûreté, l'« antichrèse ».

L'antichrèse se rencontre surtout dans les campagnes et dans les petites villes où l'organisation des grands établissements de crédit fait défaut. Tandis que dans les grandes villes, au contraire, il est facile d'obtenir des crédits de toutes façons dans les banques de toutes natures; et c'est pourquoi on ne l'applique que très rarement.

Faute de statistique en ce qui concerne son étude numérique, nous ne pouvons fournir un chiffre; mais ce que nous pouvons affirmer, c'est qu'en Chine, l'*antichrèse* ne s'applique pas moins que l'hypothèque.

Nous tenons à signaler ici (et cela est nécessaire

afin d'éviter toute confusion) que les articles employés sans supplément sont des articles de lois françaises; tandis que les articles des lois étrangères seront employés en spécifiant qu'ils appartiennent à telle ou telle loi étrangère. Par exemple : art. 911 du Code civil chinois.

Nous diviserons notre travail en deux grandes parties. La première partie sera consacrée au droit chinois et la seconde sera affectée à la comparaison de cette institution avec diverses institutions françaises et anglaises contemporaines.

PREMIÈRE PARTIE

L'Antichrèse
ou "Tien" en Droit Chinois

CHAPITRE PREMIER

L'Antichrèse dans l'ancien droit de la Chine (1).

L'antichrèse dans l'ancien droit de la Chine (institution que l'on appelle « tien ». V. *infra*, chap. II) consistait dans la dépossession de l'immeuble (généralement la terre) du détenteur propriétaire, qui recevait une somme d'argent d'une autre personne; à cette dernière, le détenteur donnait en échange la possession et la jouissance de son immeuble. Le propriétaire originaire gardait toujours la propriété de l'immeuble

(1) Ce què nous appelons et allons étudier l'« ancien droit de la Chine » est une période se plaçant au commencement du XIII^e siècle et allant jusqu'au commencement du XX^e siècle.

En ce qui concerne la période antérieure au XIII^e siècle, nous ne pouvons pas fournir une évolution exacte de cette institution, car, pendant la majeure partie de cette période, on n'admettait pas la propriété individuelle, et toutes les terres appartenaient à l'État. Dans ces conditions, l'antichrèse ne pouvait guère être appliquée qu'accidentellement. Mais cela ne veut pas dire qu'elle n'existait pas complètement, car, les chroniqueurs la mentionnent et la loi pénale édictait des peines sévères contre celui qui vendait les terres ou les mettait en antichrèse; citons par exemple, en l'an 9 de l'ère chrétienne, l'empereur Wang Mang qui interdisait toutes les aliénations et les mises en antichrèse des terres, de quelque façon que ce soit.

dont il s'était dessaisi et même longtemps après l'expiration du contrat (du moins pendant la période antérieure à 1753), il pouvait reprendre cet immeuble moyennant le paiement de la somme qu'il avait reçue. Le nouveau possesseur acquérait par ce contrat une jouissance très étendue sur cet immeuble donné en nantissement.

Dans ce contrat, il n'y avait pas d'intérêts au profit du prêteur d'argent d'une part; il n'y avait pas non plus de rentes ou de profits pour le propriétaire de l'immeuble, de l'autre. En réalité, les fruits de l'immeuble se compensaient, par une sorte de forfait, avec les intérêts de la dette. La jouissance de l'immeuble était simplement échangée contre la jouissance de l'argent; mais, contrairement à la notion, usuelle en Occident, de l'antichrèse, « c'était l'immeuble qui était prêté et non l'argent » (2); et ce dernier ne pouvait pas être réclamé par le prêteur d'argent (mais le prêteur pouvait céder sa créance en sous-aliénant en même temps l'immeuble à titre d'antichrèse. V. *infra*). Si le propriétaire originaire ne rachetait pas cet immeuble, le possesseur, prêteur d'argent, en devenait propriétaire sans autre forme de procès.

(2) En Chine, personne n'a soulevé la question de savoir quelle est celle des deux parties qui joue le rôle du prêteur ou de l'emprunteur; c'est un auteur anglais, G. JAMIESON qui, dans son *Chinese Family and Commercial Law* (Shanghai), a indiqué que « c'était l'immeuble qui était prêté et non l'argent ».

En Europe, il y avait aussi des jurisconsultes, le Français Saumaise et le Hollandais Vinnius, qui pensaient que l'antichrèse est, non pas un usage réciproque, mais un prêt réciproque, *contrarium mutuum*, et que, dans l'antichrèse, il n'y a pas de contrat de gage. (Cités par TROP LONG, *Traité du nantissement*, n° 496, et par DENISART, *Collection de décisions nouvelles*, t. II, p. 105 et suiv.).

Il résulte de ces explications que cette sorte de contrat était bien un contrat de *contre-jouissance*, conformément à l'étymologie du mot « antichrèse ».

En ce qui concerne la terminologie (3), nous emploierons désormais, conformément à l'usage des Européens, le mot « débiteur » pour l'« emprunteur d'argent » ou le « prêteur de l'immeuble », et le mot « créancier antichrésiste » ou « créancier » tout court pour le « prêteur d'argent » ou le « nouveau possesseur (et non propriétaire) de l'immeuble », bien que l'analyse de ce contrat ait été envisagée d'une toute autre façon par les Chinois. (4).

L'origine de l'antichrèse du droit chinois étant très ancienne, se perd dans la nuit des temps. Car, dans l'ancienne Chine, le régime de la terre variait d'une dynastie à l'autre. Mais, en principe, la terre appartenait presque toujours à l'Etat, et en conséquence, les particuliers n'en avaient que la jouissance (sauf que, sous quelques dynasties, pour encourager les cultivateurs, on admit la propriété héréditaire des petits « terrains de mûriers » pour les vers à soie) (5). Dans

(3) En droit chinois, il y a deux termes spéciaux pour les deux parties: le « créancier » s'appelle « tien-chuan-jen », et le « débiteur » s'appelle « ch'u-tien-jen ».

(4) Dans les législations européennes, il n'est pas impossible de trouver des contrats dans lesquels les jurisconsultes hésitent sur le point de savoir quelle est celle des parties qui joue le rôle de prêteur, et quelle est celle qui joue le rôle d'emprunteur. Voir par exemple, pour le *report* dans les Bourses de valeur, THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, Rousseau, 1925, 7^e édition, n° 936.

(5) Cette jouissance accordée aux particuliers l'était généralement à vie. Mais, sous quelques dynasties, notamment sous la dynastie de Chin en 265 (ère chrétienne), on divisait l'âge d'une personne en trois périodes: la première allait de treize à quinze ans, la seconde de quinze à soixante ans, la troisième de soixante à soixante-six ans. La première période, ainsi que

cette période (avant la dynastie de Yuan, c'est-à-dire avant 1277), bien que les chroniqueurs mentionnèrent souvent la vente et aussi l'antichrèse des *terres* entre les particuliers, toutefois elles n'étaient que d'une façon intermittente.

En réalité, ces deux institutions, l'antichrèse et la vente des terres, n'entrèrent dans les mœurs qu'à partir de la dynastie de Ming (ère chrétienne: 1368), époque où l'appropriation individuelle de la terre devint définitive. La première, l'antichrèse, était beaucoup plus usitée que la seconde. Cela s'explique parce que l'aliénation définitive de la terre, surtout les terres des ancêtres, était toujours considérée avec défaveur par la famille. Grâce à l'antichrèse, on pouvait recouvrer un jour la terre donnée en nantissement.

Mais, en ce qui concerne l'organisation de l'antichrèse dans cette période (avant la dynastie de Ts'ing, c'est-à-dire avant 1644), il n'y avait pas de législation proprement dite, et c'étaient des coutumes confuses qui la réglementaient. Ce n'est qu'à partir de la dynastie de Ts'ing que l'antichrèse fut pleinement organisée et légiférée. Aussi, nous devons commencer de l'étudier d'après le Code de la dynastie de Ts'ing (Ta Ts'ing lu-li).

Conditions de validité du contrat d'antichrèse. — 1° Propriété. — Il fallait être propriétaire d'un immeuble pour le donner à titre d'antichrèse.

la troisième appartenaient à la même classe, c'est-à-dire que les personnes se trouvant dans ces périodes avaient la même portion de terres à cultiver; cette dernière était la moitié de celle des personnes appartenant à la seconde période. Dans tous les cas, que ce fût à la mort ou à l'âge limite, les terres retournaient à l'Etat. La distribution et le retour des terres se faisaient tous les ans au mois d'octobre, époque où la récolte prenait fin et où la culture allait commencer.

2° *Capacité*. — De même que l'aliénation des immeubles, l'antichrèse était aussi un acte de disposition et ne pouvait être valablement faite que par des hommes majeurs. Les femmes, dans l'ancien droit de la Chine, dépouillées du droit aux successions de leurs parents, acquéraient difficilement des biens en propre, si ce n'était la dot ou donation, qui d'ailleurs était très minime et se résumait généralement en meubles; par conséquent, elles ne pouvaient pas constituer l'antichrèse. Mais cette incapacité n'était pas une incapacité de nature, elles pouvaient très bien être mandataires de leur mari dans un pareil acte.

3° *Forme*. — Tous les contrats d'antichrèse devaient être constatés par un acte, signés du débiteur et passés devant des témoins, qui, généralement au nombre de trois, devaient également apposer leur signature. Après ces signatures, le contrat était formé et produisait ses effets (par exemple, l'entrée en possession de l'antichrésiste) sans aucune *tradition*, à la différence du droit romain et de l'ancien droit français. Mais cet acte devait être immatriculé ou transcrit au registre foncier.

Mesures fiscales et publicité. — Le Code des Ts'ing (*Ta Ts'ing lu-li*) édicta les dispositions suivantes : « Si l'antichrèse ou la vente des terres ou des maisons n'est pas immatriculée ou transcrite au registre foncier, l'auteur (créancier ou acheteur) sera puni de cinquante coups de bâton, et l'objet du contrat sera confisqué par le gouvernement. » Ces dispositions visaient les frais de la mutation de propriété pour la vente, le droit d'immatriculation pour l'antichrèse, frais qui, les

uns et les autres, étaient au profit de l'Etat; d'autre part, c'était à l'immatriculation, comme une sorte de publicité.

Droits et obligations du créancier antichrésiste. — En ce qui concerne les droits et les obligations du créancier antichrésiste, l'ancien droit chinois ne les avait pas précisés dans un code. D'après les coutumes, ils étaient réglés presque comme en droit actuel. C'est-à-dire que le créancier antichrésiste avait sur l'immeuble le droit de rétention, le droit de préférence, le droit de donner l'immeuble antichrésié en antichrèse à son propre créancier, le droit de céder la créance (mais, contrairement au droit français, l'antichrésiste n'avait pas le droit de vendre l'immeuble donné en antichrèse), et le droit de jouissance très étendu; autrement dit, il acquerrait tous les droits que son débiteur avait sur l'immeuble, sauf le titre de propriétaire. Cependant, il était tenu à quelques obligations : il devait en jouir en bon père de famille et ne devait pas dégrader l'immeuble; en outre, il était tenu aux contributions et charges annuelles.

Le droit de donner l'immeuble antichrésé en antichrèse et le droit de céder la créance étaient la contrepartie du principe d'après lequel le créancier antichrésiste ne pouvait pas réclamer sa créance à son débiteur; ils étaient soumis à quelques restrictions : le créancier antichrésiste, avant de donner en nantissement l'immeuble ou avant de céder sa créance, devait solliciter son débiteur d'exercer son rachat; après que celui-ci s'y était refusé, il pouvait le céder à toute autre personne.

Quant au débiteur, il ne restait qu'un pur propriétaire nominal ou théorique.

Nous nous sommes borné simplement à signaler ici ces droits et ces obligations, et nous les traiterons en détails dans le chapitre suivant.

Garantie donnée au créancier antichrésiste contre les fraudes de son débiteur. — Le Code des Ts'ing visait le cas de fraude : Si le débiteur ayant donné sa terre ou sa maison en gage à un créancier, donne frauduleusement encore une fois, cette même terre ou cette même maison en nantissement à une tierce personne, il sera puni comme s'il s'agissait de vol du « prix de l'antichrèse » (créance) ; il devra restituer ce prix à cette tierce personne, et l'immeuble devra rester en possession du premier créancier antichrésiste. Mais si cette tierce personne savait auparavant que cette transaction est illégale, elle sera punie également comme son co-contractant et la valeur sera confisquée au profit du gouvernement (6). Il en résulte qu'un immeuble ne pouvait pas être donné en antichrèse à plusieurs créanciers successifs comme c'est le cas de l'hypothèque.

Détermination du droit de rachat du débiteur. — Ce même code édicta ainsi dans la section 95 la disposition suivante : « Quand le terme de l'antichrèse de la terre, de la maison, du jardin, de la forêt, du moulin, etc., est échu, le débiteur a la faculté de les reprendre par un rachat à prix originaire (créance). Si le créancier antichrésiste s'y refuse, il sera frappé de quarante

(6) Cette disposition visait à réprimer le fait appelé en droit français « stellionat ». Ancien article 2059 du Code civil (français).

coups de bâton et devra payer à son débiteur tous les profits qui pouvaient en résulter à partir du moment de la notification du rachat. (Le débiteur ne peut exercer le rachat qu'au terme stipulé dans le contrat.) Mais cependant, si le débiteur n'a pas fait la notification de rachat à son créancier, cette dernière disposition ne s'applique pas. » Et « même au delà de ce terme échu ou de délai conclu, le débiteur conserve toujours son droit de rachat. » De là, il résultait que le débiteur avait un droit de rachat perpétuel concernant son immeuble donné en antichrèse; et ce droit de rachat était renforcé par une sanction pénale contre le créancier antichrésiste qui essayait de refuser le rachat de son débiteur.

Durée de l'antichrèse. — Quant à la durée du délai du contrat d'antichrèse, la loi n'en avait déterminé ni le minimum, ni le maximum, et laissait aux parties le droit de la contracter librement. D'ailleurs, cette stipulation paraissait à cette époque être inutile, puisque la loi accordait au débiteur le droit de rachat à perpétuité.

Quand les parties fixaient un terme, cela signifiait non pas que le débiteur devrait s'exécuter ce jour-là, mais qu'il ne pourrait, en se libérant avant cette date, mettre fin aux profits que le créancier tirait de la jouissance du fonds.

Caractère juridique de l'antichrèse. — Le créancier antichrésiste n'avait jamais le droit de demander le remboursement de sa créance en restituant l'immeuble antichrèse à son débiteur. Voici l'explication de cette solution : au point de vue juridique, l'antichrèse était

analysée à cette époque comme une vente; or, on sait que l'acheteur n'a pas le droit de résilier le contrat de vente en rendant l'immeuble acheté et en réclamant le prix qu'il a payé à son vendeur.

Toutefois, il existait une différence essentielle entre ces deux opérations juridiques. Dans la vente, le vendeur n'avait pas le droit de racheter l'immeuble vendu, sauf cependant en cas d'une clause spéciale; tandis que l'antichrèse, qui était conclue généralement pour une période déterminée lors de la rédaction de l'acte d'antichrèse, donnait toujours le droit de racheter l'immeuble donné en antichrèse.

Définition juridique des contrats d'antichrèse et liquidation de certains d'entre eux. — Bien qu'il y eût des différences qui séparaient la vente de l'antichrèse, les actes n'étaient pas toujours rédigés clairement et prêtaient à plusieurs interprétations, pouvaient être compris tantôt comme *vente*, tantôt comme *antichrèse*; et il en résultait bien des procès. C'était pour ce motif, qu'on promulgua en l'an 18 du règne de Kien-Lung (en 1753) une loi qui y porta remède. A l'avenir et depuis cette loi, tout contrat d'antichrèse devait expressément spécifier le droit de rachat du débiteur. Et en vertu de cette loi, les contrats d'antichrèse rédigés plus de trente ans auparavant et n'indiquant pas clairement le droit de rachat du débiteur, étaient interprétés en ce sens que l'immeuble était considéré comme vendu définitivement au créancier antichrésiste; en conséquence, le débiteur n'avait plus le droit de rachat; il en était de même pour les autres droits (par exemple, droit à la différence). Mais, s'il n'y avait pas trente ans entre la perfection du contrat et la mise

en vigueur de cette loi, et si le contrat ne portait pas expressément le mot « vente », le débiteur pouvait racheter cet immeuble dans les trente ans à dater du jour du contrat. En cas d'impossibilité d'exercer le rachat, le débiteur pouvait proposer la vente de cet immeuble ou plutôt du « droit de rachat » à son créancier. Si celui-ci l'acceptait et payait le prix, alors le contrat d'antichrèse était remplacé par un contrat de vente. C'est ce qu'on appellera plus tard le « droit à la différence » du débiteur. Si, au contraire, le créancier antichrésiste ne l'acceptait pas, le débiteur pouvait alors le vendre à toute autre personne, mais à condition de payer à son créancier antichrésiste la même somme qu'il avait reçue de lui, ni plus ni moins.

La vente de l'immeuble antichrésé à un tiers n'est avantageuse pour le débiteur que lorsque le prix de vente est supérieur à la dette; parce que si le prix est inférieur à la dette, il vaut mieux laisser acquérir l'immeuble antichrésé par le créancier, car cet immeuble seul répond de la dette ainsi garantie.

Dans ce dernier cas de vente (dont le prix est nécessairement et pratiquement supérieur à la dette), on peut envisager le droit que le tiers a acquis de la façon suivante :

Lorsque la vente a eu lieu au bout de trente ans depuis le contrat, terme prescrit par la loi précitée, le tiers acquéreur doit acquérir nécessairement la pleine propriété, soit vis-à-vis du vendeur, soit vis-à-vis du créancier antichrésiste, celui-ci étant désintéressé intégralement au moment de la vente.

Au cas où la vente a eu lieu avant le terme prescrit, c'est-à-dire au cours des trente ans, le tiers acquéreur peut acquérir seulement (s'il le veut) la nue-propriété

ou le droit de rachat compétant au débiteur (7), s'il ne paie pas le créancier au moment de la vente. Et il se substitue purement et simplement au vendeur et n'acquiert pas plus de droit que son auteur : *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. Pour que le tiers acquéreur puisse payer le créancier antichrésiste, il lui faut attendre jusqu'à l'expiration du contrat d'antichrèse; et le créancier antichrésiste n'est jamais obligé d'accepter le paiement avant l'échéance prévue. (Mais, depuis la loi de l'an 18 du règne de Kien-Lung précitée, l'échéance prévue étant supérieure à trente ans doit être réduite à trente ans.)

Limitation du délai de l'antichrèse.— Comme le contrat d'antichrèse était sans limite de durée, cela nuisait naturellement beaucoup à l'immeuble en ce qui concerne son amendement, son amélioration, etc... C'est pour ce motif que fut promulguée la loi de l'an 18 de Kien-Lung précitée, qui liquidait les contrats passés antérieurement à cette loi et limitait, pour l'avenir, à un délai de rachat pour trente ans au maximum. Mais c'est probablement parce que cette loi tomba peu à peu en désuétude et qu'on l'outre-passa en reprenant l'ancienne habitude (8), qu'un décret vint porter remède à ces inconvénients en limitant, d'une façon impérative et sous peine d'amende, le délai de l'antichrèse en ces termes : « Tous contrats d'antichrèse

(7) La nue-propriété et le droit de rachat se confondent et sont inséparables.

(8) C'est-à-dire en concluant les contrats soit pour une période supérieure à trente ans, soit sous réserve du droit de rachat pour une durée indéfinie.

devront désormais être conclus pour une durée de trois ou cinq ans jusqu'à dix ans au maximum », et « quant aux contrats passés antérieurement à ce décret pour une durée de quarante ou cinquante ans, ils devront être déclarés au gouvernement dans les trois années qui suivront ce décret, afin qu'on puisse transformer l'antichrèse en vente ».

Cette limite de dix ans au maximum veut dire qu'on ne pouvait pas dépasser ce délai et ne veut pas dire qu'après le terme échu du contrat conclu pour une durée de moins de dix ans, six ans par exemple, le débiteur perdait son droit de rachat. En d'autres termes, le débiteur n'avait le droit de rachat que pendant dix ans à dater de la formation du contrat, quelle que fût la durée stipulée dans le contrat, ne fût-elle que de trois ou quatre ans.

Extinction de l'effet de l'antichrèse. — Comme le décret précité était contraire à la plupart des coutumes, on le tournait très souvent au moyen de reconduction d'un nouveau contrat d'antichrèse à la fin de ces dix ans, entre les deux mêmes parties. Et le décret n'ayant pas prescrit l'extinction de l'effet de l'antichrèse, une autre question se posait : l'effet de l'antichrèse était-il éteint ou non au cas où le débiteur, dix ans après le contrat, n'avait pu exercer le rachat ? En d'autres termes, le débiteur perdait-il également le droit à la différence entre le prix de l'antichrèse (créance) et celui de la vente de l'immeuble ? L'opinion dominante répondait négativement; c'est d'ailleurs de là que sortit plus tard un décret affirmant le droit à la différence du débiteur. Cette opinion et ce décret s'inspiraient d'une même idée d'équité, car la différence

entre le prix de la vente de l'immeuble donné en gage et la créance était souvent considérable. Cet effet de l'antichrèse ou plus exactement le droit à la différence du débiteur, durait tant que le débiteur n'avait pas bénéficié de la différence.

A la longue, cela donna lieu à des complications de diverses sortes, et surtout vers la fin de la Monarchie et au début de la République : les procès relatifs à l'antichrèse augmentaient de jour en jour. Ces procès étaient évidemment très difficiles à trancher, de sorte que le ministère de la Justice rendit un décret pour liquider, une fois pour toutes, cet état de choses pitoyable, et prescrivit dans l'article 8 de ce décret, que l'effet de l'antichrèse devait s'éteindre au bout de dix ans à dater du contrat. C'est-à-dire que le droit à la différence, de même que le droit de rachat, s'éteignait dix ans après le contrat.

Après la Révolution, le nouveau gouvernement promulgua le nouveau Code civil en 1929-31, où l'antichrèse est réglementée d'une façon précise, tout en laissant quelques points du décret susdit encore en vigueur. (9).

(9) L'article 15 de la loi sur la mise en vigueur du livre III « du droit des choses » du Code civil de la République de Chine.

CHAPITRE II

Commentaire des dispositions du Code civil de la République de Chine.

Le Code civil de la République de Chine ne fait pas table rase de l'institution du nantissement des immeubles. Les rédacteurs se bornent seulement à la préciser, à prescrire quelques dispositions impératives, et à les codifier sous forme plus scientifique. Nous allons les exposer et les commenter comme suit.

En raison d'une tradition à la fois très ancienne et très invétérée, remontant aux anciennes coutumes, le Code civil chinois, au lieu d'employer le terme « nantissement des immeubles » ou « antichrèse », emploie un terme d'origine chinoise « tien ». Cela veut dire, au sens large et juridique du mot : « emprunt d'argent en donnant un gage » ; mais, dans le sens strictement juridique ici, le « tien » s'applique uniquement aux immeubles et non aux meubles. Pour ces derniers, ce Code emploie le terme « gage » ou « nantissement des meubles ».

Il existe une certaine différence théorique entre les deux termes : « nantissement immobilier » ou « antichrèse » et « tien », de sorte qu'il vaut mieux la signa-

ler dès le début de ce chapitre. La différence consiste en ceci :

Dans le « nantissement immobilier » des législations européennes, l'immeuble donné en gage est simplement une garantie de créance, et le débiteur est encore responsable de sa dette envers son créancier nanti. Si l'immeuble remis en nantissement perd de sa valeur et ne suffit pas à acquitter la dette, le débiteur devra encore l'acquitter. Tandis que dans le « tien », c'est le contraire; le débiteur n'est responsable que dans la limite de l'immeuble donné en antichrèse, et le créancier ne peut pas réclamer le reliquat à son débiteur.

De plus, dans le « nantissement immobilier », si le débiteur n'acquitte pas sa dette, le créancier pourra vendre ou faire vendre l'immeuble donné en gage et se faire payer sur le prix. Tandis que dans le « tien », si le débiteur ne s'acquitte pas de sa dette, le créancier ne peut que céder sa créance ou donner l'immeuble en antichrèse à son propre créancier; et si le débiteur n'exerce pas le rachat, au bout de quelque temps, le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble. (V. *infra*.)

Malgré l'existence de cette différence, qui n'est qu'une différence de dispositions entre les législations de pays différents, le terme « tien » correspond sans doute au terme du « nantissement immobilier » ou « antichrèse ». Car, en premier lieu, dans le projet du Code civil chinois (1), on a employé le terme « antichrèse » ou « nantissement immobilier » et non le mot

(1) Voir le projet du Code civil chinois, art. 1195 à 1208,

« tien », mais lors de la mise en vigueur du Code, on a discuté si l'on devait conserver le terme ci-dessus ou si l'on devait le remplacer par le mot « tien ». Ce dernier terme a triomphé en raison de ses précédents historiques (2). En second lieu, l'article 911 du Code civil chinois indique que l'objet de « tien » ne peut être qu'un immeuble. Et en dernier lieu, la place qu'occupe le « tien » suit immédiatement le « gage » et passe avant le « droit de rétention ».

C'est pourquoi nous emploierons toujours et comme nous l'avons employé dans le chapitre précédent, le mot « antichrèse », afin de nous conformer aux usages français.

Nous allons maintenant essayer d'exposer ce qu'est l'antichrèse en droit chinois actuel.

§ 1. — Définition et nature de l'antichrèse.

La définition de l'antichrèse donnée par l'article 911 du Code civil Chinois est la suivante: « On appelle « antichrèse » (« tien »), le droit qu'a une personne, moyennant un paiement du prix convenu (prix de « tien », c'est-à-dire créance) à une autre personne, de posséder l'immeuble de cette autre personne, d'avoir sur cet immeuble le droit d'usage, de jouissance,

(2) Les auteurs de la traduction du Code civil de la République de Chine (Sirey 1930), ont considéré que le mot « tien » ou « dien » était intraduisible en français. Nous avons cru plus exact de le traduire par « antichrèse », car il nous a paru évident que cette institution est la même que celle qui était décrite dans l'article 1195 du projet.

et le droit d'en percevoir les fruits et revenus ». (2 bis).

D'après cette définition, on pourrait croire que cette institution est une location comme la *location par antichrèse* en droit babylonien. Mais, il n'en est rien, car, en Chine, il y a diverses sortes de baux, et le bail est un droit personnel et non réel (le « tien » est un droit réel, art. 757 du C. civ. Chinois); et ensuite dans l'intention des parties (3), c'est la personne ayant besoin d'argent, qui vient solliciter l'emprunt et propose en même temps de donner un de ses immeubles au prêteur comme garantie; l'immeuble ainsi dépossédé est donc la contre-partie de la somme empruntée, c'est-à-dire qu'il est un gage pour le prêteur d'argent.

Nous avons exposé brièvement ces notions: les jurisconsultes chinois ne commettent sur ce point aucune confusion; d'ailleurs, personne n'est porté à croire que cette institution soit une chose autre que le nantissement.

D'après cette définition, nous nous demandons quelle est la nature de l'antichrèse?

4

(2 bis) Pour plus de clarté, nous reproduirons la définition donnée par l'article 1195 du projet du Code civil Chinois ci-après: « Le créancier (en vertu de l'antichrèse) acquiert le droit de prendre possession d'un immeuble remis par le débiteur ou par un tiers en garantie d'une créance, et d'être payé par préférence sur le produit de la vente de l'immeuble. »

(3) Cependant, on peut trouver une exception, mais c'est un cas très rare: au moment de la Révolution, par exemple, les grands propriétaires fonciers qui se voyaient menacés par le « droit d'égalité à la terre », voulaient vendre autant que possible leurs biens; mais une telle vente n'a certainement pas pu être possible; alors, ils recouraient à l'antichrèse. Ou encore, au lieu de se décider à vendre, ils préféreraient donner leurs terres en antichrèse en espérant qu'une fois la Révolution passée, ils pourraient les reprendre. Dans ce cas, l'intention du débiteur n'était pas fondée sur le besoin d'argent.

L'antichrèse confère à l'antichrésiste un droit très solide, très ferme, un droit réel (art. 757 C. civ. Chinois). S'il en était autrement, le créancier n'aurait qu'une sûreté illusoire.

Le nantissement, contrat par lequel le débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de dette, ne serait rien et en particulier n'aurait pas le caractère de sûreté qui lui est assigné par la loi elle-même, s'il n'était pas opposable aux tiers, au moins à ceux qui ont traité avec le débiteur après la formation du contrat d'antichrèse, puisque celui-ci pourrait, dès le lendemain faire disparaître la sûreté en vendant ou en hypothéquant la chose donnée en nantissement. Refuser au créancier ce droit réel, c'est nier l'antichrèse elle-même. Ainsi l'antichrèse confère un droit réel qui peut être opposé aux tiers, et c'est pourquoi la loi exige que l'antichrèse soit établie par écrit (art. 760 du Code civil Chinois), et que, de même que l'hypothèque, elle soit immatriculée, c'est-à-dire transcrite au livre foncier (art. 758 C. civ. Chinois).

D'ailleurs, le caractère réel de l'antichrèse ne donne pas lieu à controverse en droit chinois, puisqu'il est reconnu par la loi elle-même (art. 757 C. civ. Chinois).

Nous avons vu que l'antichrèse est un droit réel; mais ce droit réel est un droit réel immobilier, de sorte que l'antichrèse ne peut porter que sur un immeuble (art. 911 C. civ. Chinois). On entend ici par immeuble, le fonds de terre, la maison, les objets attachés d'une manière permanente à la terre ou à la maison tels qu'ils ont été définis par l'article 66, premier alinéa du Code civil Chinois. Mais, à ce principe, il y a une exception spéciale: l'antichrèse peut aussi porter sur un droit immobilier, par exemple, la coutume commer-

ciale de Pékin autorise le « fonds de commerce » à être mis en antichrèse, (parce qu'elle le considère comme droit immobilier) (4).

§ 2. — Constitution de l'antichrèse.

Pour valablement constituer une antichrèse, il faut remplir certaines conditions. Ces conditions peuvent être résumées comme suit.

Propriété et capacité. — Comme l'antichrèse ne peut avoir pour objet que des immeubles, et comme elle ne consiste qu'en une délégation de jouissance faite par un débiteur au profit de son créancier, il s'ensuit qu'elle ne peut être consentie, non seulement par celui qui a la pleine propriété de l'immeuble, ce qui est une conséquence nécessaire des principes généraux, mais encore par quiconque possède l'immeuble avec un droit aux fruits, notamment par un emphytéote. Ce dernier ne peut, bien entendu, donner un pareil droit que pour la durée de l'emphytéose.

Cependant la jurisprudence admet d'une façon constante que l'antichrèse peut porter sur un immeuble appartenant à une personne autre que le constituant, pourvu que cette personne y consente avant le contrat ou par voie de ratification si le contrat a été passé.

D'autre part, l'antichrèse est une aliénation de

(4) V. C. F. WANG, *Du droit des choses*, p. 206, Shanghai, 1931.

jouissance immobilière; elle engage l'avenir, elle contient une cession de fruits à recueillir pour un temps plus ou moins long, elle atteindrait même la propriété au cas où le débiteur négligerait le rachat (5); c'est donc un acte de disposition.

Aussi, faut-il, pour la constituer valablement, non seulement être propriétaire de l'immeuble ou titulaire de l'emphytéose, mais encore être capable d'en disposer.

Par conséquent, quiconque, propriétaire ou non, aurait seulement la capacité ou le pouvoir de faire des actes d'administration ne pourrait pas consentir une antichrèse.

Ainsi, les mineurs non mariés qui n'ont pas la pleine capacité (art. 13 C. civ. Chinois), ne peuvent pas par eux-mêmes constituer une antichrèse sur leurs immeubles pour quelque durée que ce soit.

De même, ceux qui n'ont sur des biens que des pouvoirs d'administration, sans avoir ceux de disposition, ne peuvent par eux-mêmes constituer une antichrèse sur les immeubles qu'ils administrent. Par exemple, le tuteur ne peut faire une antichrèse qu'avec l'autorisation du conseil de famille (art. 1101 du C. civ. Chinois).

Rédaction d'un écrit. — La loi a jugé prudent, pour certaines catégories d'actes où les parties apportent déjà un esprit aigri par la situation où elles se trouvent, de les obliger à fixer leurs droits par écrit, ce qui offre plus de certitude que des paroles prononcées

(5) Voir *infra*, § 5 du présent chapitre.

peut-être en l'air et dont il ne reste aucune trace. L'acte écrit est exigé pour l'existence même de l'antichrèse quelle que soit la valeur des fruits à percevoir par le créancier ou celle de l'immeuble donné en antichrèse. Ce même acte sert comme moyen de preuve, tant à l'égard entre les parties qu'à l'égard des tiers.

Cet acte doit être immatriculé ou transcrit au registre foncier. L'immatriculation ou la transcription est nécessaire pour que l'antichrèse produise ses effets (art. 758 C. civ. Chinois). L'acte constitutif doit contenir généralement les indications suivantes:

- a) le titre de l'acte;
- b) le nom et le prénom des deux parties;
- c) le motif de donner l'immeuble en antichrèse;
- d) le lieu où est situé l'immeuble ainsi que ses tenants et aboutissants, etc.;
- e) les contributions, c'est-à-dire la somme que le propriétaire paie à l'Etat chaque année comme contribuable;
- f) le montant du prix de « tien », c'est-à-dire le montant de la créance;
- g) l'indication des droits et des obligations du créancier antichrésiste au cas où le débiteur voudrait restreindre ses droits sur l'immeuble antichrésié;
- h) la durée de délai de l'antichrèse;
- i) la signature du débiteur et celle des témoins;
- j) la date.

L'acte constitutif de l'antichrèse est un acte unique; et il est déposé entre les mains du créancier. C'est en vertu de cet acte que le créancier exerce son droit sur

l'immeuble donné en antichrèse. Au moment du rachat effectué par le débiteur, le créancier doit restituer cet acte à ce dernier.

Remise de l'immeuble. — Une dernière condition est nécessaire, mais non indispensable en fait: c'est la remise de l'immeuble en la possession du créancier antichrésiste (art. 911 C. civ. Chinois).

La loi ne nous dit pas comment s'effectuera la remise de l'immeuble au créancier. Trois cas sont à prévoir: 1° l'immeuble est entre les mains du débiteur et il n'est pas loué; 2° il est entre les mains du créancier mais à un autre titre; 3° l'immeuble, qui est entre les mains du débiteur, est loué. Dans tous les cas, le créancier aura le droit de percevoir les fruits, ce seront, tantôt et suivant les cas, des fruits naturels ou des fruits civils.

1° *L'immeuble est entre les mains du débiteur et il n'est pas loué.* — Le cas est simple; le débiteur fera comme s'il s'agissait d'un locataire: il videra les lieux et laissera le créancier s'installer à sa place et profiter des fruits. S'il s'agit d'une maison, d'un enclos il remettra les clefs; bref, il y aura véritablement remise matérielle de la possession.

2° *L'immeuble est entre les mains du créancier, mais à un autre titre que celui d'antichrèse.* — C'est par exemple à titre de locataire que le créancier possède l'immeuble. Ici la mise en possession sera toute faite, il suffira au débiteur d'intervertir le titre du créancier pour lui permettre de recueillir les fruits. L'interversion résultera de la concession de l'immeuble en antichrèse faite par le débiteur au créancier.

3° *L'immeuble est entre les mains du débiteur, mais il est loué.* — Le créancier va-t-il pouvoir donner congé au locataire? Evidemment non, puisqu'un acheteur lui-même n'aurait pas ce droit. Dans ce cas, le créancier doit obtenir l'acceptation de la cession par le locataire; par ce procédé, le créancier, tout en gardant un rapport avec le débiteur, se saisit du montant du loyer à l'égard du locataire.

Remarquons qu'il y a des cas où la possession effective est difficile à concevoir: c'est le cas où l'immeuble antichrésé est donné en location par le créancier à son débiteur constituant de l'antichrèse. Bien entendu, ce cas est différent de celui où le débiteur s'est réservé le droit de toucher lui-même les revenus pour les remettre au créancier; car dans le premier cas, il y a deux contrats distincts: un contrat d'antichrèse d'abord et un contrat de louage ensuite; tandis que dans le second cas, il n'y a qu'un seul contrat.

La mise en location de l'immeuble antichrésé est prévue et autorisée par l'article 915, deuxième alinéa du Code civil Chinois (6). Ici, on doit l'interpréter, comme autorisant aussi le débiteur à se porter comme locataire de son immeuble antichrésé; et cette relocation se rencontre assez souvent dans la pratique. La conséquence est que le débiteur, contrairement à la solution admise en matière de gage (art. 885 C. civ. Chinois), peut posséder l'immeuble donné en gage pour le compte de son créancier.

La possession effective est prescrite dans le projet du Code civil Chinois par l'article 1197; et dans l'Ex-

(6) Voir *infra*, § 4 du présent chapitre.

posé des motifs de cet article (7), il est interprété en ce sens que même dans le cas de relocation, la possession de l'immeuble est toujours supposée appartenir au créancier antichrésiste.

D'ailleurs, cette question n'offre pas d'intérêt pratique, puisque le créancier antichrésiste a un droit de suivre l'immeuble en quelques mains qu'il se trouve (art. 918, deuxième alinéa, du Code civil Chinois).

§ 3. — Délai de l'antichrèse.

Le délai de l'antichrèse est un élément important du contrat, tant au point de vue économique qu'au point de vue juridique.

Au point de vue économique, si le délai est trop long, le débiteur, qui est le véritable propriétaire ne garde que son titre de propriétaire, et ne peut jouir d'aucune façon de l'immeuble. L'antichrésiste en tant que créancier n'a peut-être pas autant d'intérêt que le débiteur à améliorer l'immeuble. Au contraire, si le délai est trop court, il nuit par là même, à l'intérêt du créancier, car une courte durée ne lui donne pas un placement stable.

Au point de vue juridique, s'il s'agit d'un court délai, il n'arrivera peut-être aucun différend entre les parties. Au contraire, si le délai est trop long, il peut fort bien en résulter des complications.

C'est pour ces deux raisons et surtout à cause des précédents historiques dont s'inspiraient les rédac-

(7) Voir le projet du Code civil de la République de Chine, t. II, p. 98. Shanghai, The Commercial Press, Ltd., 1927.

teurs du Code civil, que les législateurs chinois ont décidé d'adopter la limitation du délai de l'antichrèse.

Du délai. — La faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant trente ans. Si elle a été stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce terme (art. 912 C. civ. Chinois). Cette solution a été donnée dans le but d'éviter les complications qui pourraient surgir après une durée trop longue.

Le caractère de ce délai est un délai de rigueur et impératif, que le juge ne peut prolonger. En conséquence, faute d'avoir exercé le rachat dans les termes prescrits, le débiteur perd le droit de l'invoquer, et le créancier demeure le propriétaire irrévocable (art. 923 et 924 C. civ. Chinois).

Limitation du pacte comissoire. — Outre ce délai de trente ans, la loi en a déterminé un autre de quinze ans, en cas d'insertion dans le contrat d'antichrèse d'une clause de pacte comissoire. Clause en vertu de laquelle le créancier, non payé à l'échéance, demeurerait *de plein droit* propriétaire de l'immeuble donné en antichrèse. En d'autres termes, le débiteur ajoute dans le contrat même d'antichrèse une clause suivante: Si je ne rachète pas, à l'expiration du délai du contrat cet immeuble antichrèsé, ce dernier sera acquis définitivement par vous (créancier), et je ne pourrai rien vous réclamer.

De même, ce délai est aussi un délai de rigueur et impératif, en conséquence, l'insertion de cette clause est nulle et réputée comme non écrite si le contrat a été fait pour une durée de moins de quinze ans.

Cette dernière disposition a pour principal but de

défendre les intérêts du débiteur, car celui qui met son immeuble en gage, est certainement dans une situation difficile.

§ 4. — Effets de l'antichrèse.

L'antichrèse engendre des droits et donne naissance à des obligations. Nous allons les étudier successivement.

A. — Droits du créancier antichrésiste.

Le créancier antichrésiste a 1° la jouissance, l'usage et le droit d'en percevoir les fruits; 2° un droit de rétention; 3° un droit de suite; 4° un droit de donner l'immeuble antichrèse en antichrèse et le droit de céder sa créance (ou vente des créances); 5° un droit de réclamer les impenses utiles; 6° un droit de préemption de l'immeuble antichrèse; et etc...

1° Droit à la jouissance, à l'usage et aux fruits. — Le créancier antichrésiste a la jouissance de l'immeuble qui lui a été donné en nantissement.

Sous le rapport du mode de jouissance, la condition du créancier antichrésiste se rapproche de celle de l'usufruitier en droit français. Il peut jouir par lui-même, cultiver les terres et en percevoir les récoltes, habiter la maison ou donner l'immeuble antichrèse à bail, à ferme ou à loyer et toucher la redevance due par le fermier ou par le locataire.

Le droit de donner l'immeuble antichrèse en loca-

tion a été admis (art. 915, premier alinéa, C. civ. Chinois), afin de ne pas gêner le créancier. Cependant, ce droit peut lui être retiré par la coutume du pays ou par une clause contraire, insérée dans le contrat. Le délai de location ne peut dépasser la limite de délai du contrat d'antichrèse. Si ce contrat n'a pas de délai fixe, la location n'a, par ce fait même aucun délai déterminé (art. 915, deuxième alinéa C. civ. Chinois).

En cas de détérioration et de dégradation de l'immeuble donné en location par le créancier antichrésiste, celui-ci est responsable envers son débiteur et doit payer les réparations ou les dommages-intérêts au débiteur (art. 916 C. civ. Chinois).

Les fruits perçus par l'antichrésiste sont considérés forfaitairement comme l'intérêt du capital prêté; le créancier n'est donc pas obligé de rendre compte de son administration.

2° Droit de rétention. — Le créancier antichrésiste est autorisé à retenir l'immeuble qui lui a été livré en antichrèse jusqu'au paiement intégral de la créance. Ce droit de rétention est indivisible, en ce sens que l'héritier du débiteur qui a payé sa part et portion ne peut réclamer la restitution de l'immeuble antichrèse soit en totalité, soit en partie, tant que la dette n'est pas entièrement acquittée, et que l'héritier du créancier qui a reçu sa part et portion dans la dette ne peut être tenu de remettre l'immeuble soit en totalité, soit pour partie, jusqu'à ce que ses cohéritiers aient été intégralement désintéressés.

Ce droit de rétention de l'antichrésiste est opposable aux tiers. Le créancier peut tout d'abord faire valoir son droit de rétention contre les créanciers chirogra-

phaires du constituant, même contre ceux dont le titre a acquis date certaine avant le contrat d'antichrèse. Il peut également l'opposer aux créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble et aux tiers acquéreurs, mais à la condition d'avoir rempli en temps utile l'immatriculation.

Remarquons ici qu'il peut y avoir des conflits entre l'antichrésiste et les créanciers hypothécaires ou le tiers acquéreur :

Quand il existe des hypothèques sur l'immeuble donné en antichrèse, la préférence entre les divers créanciers se règle d'après l'ordre de leur immatriculation ou transcription : si une hypothèque prend rang à un ordre antérieur à l'immatriculation de l'antichrèse, le créancier hypothécaire pourra faire vendre l'immeuble comme libre ; l'antichrèse ne lui étant pas opposable. Mais si l'hypothèque n'est devenue efficace que postérieurement à l'immatriculation de l'antichrèse, le créancier hypothécaire ne peut, ni contraindre le créancier antichrésiste à délaisser l'immeuble avant de l'avoir complètement désintéressé, ni saisir les fruits à son préjudice.

L'antichrèse ne met pas obstacle à ce que l'immeuble fasse ultérieurement l'objet d'une vente judiciaire ou volontaire (sous réserve que le créancier antichrésiste a un droit de préemption, V. *infra*) ; mais l'acquéreur ne peut entrer en possession de l'immeuble qu'à la condition de désintéresser intégralement le créancier antichrésiste. Il en résulte que les créanciers qui veulent faire vendre l'immeuble sont obligés d'insérer dans le cahier des charges une clause particulière ; l'adjudication n'étant possible qu'autant que le prix sera suffisant pour éteindre la dette ainsi garan-

tic. Dans le cas ci-dessus, on suppose que la vente a eu lieu après l'expiration du contrat d'antichrèse.

Nous allons voir maintenant ce que doit être la vente qui aura lieu avant l'expiration du contrat d'antichrèse : Dans ce cas, l'acquéreur ne peut pas entrer immédiatement en possession de l'immeuble antichrésé et n'acquiert que le titre de propriétaire, c'est-à-dire la nue-propriété. Pour qu'il puisse posséder cet immeuble, il lui faudra racheter cet immeuble de la main du créancier antichrésiste à l'expiration du contrat d'antichrèse.

Si, au contraire, l'aliénation de l'immeuble a été faite et immatriculée avant l'immatriculation de l'antichrèse, l'antichrésiste n'a aucun droit à faire valoir contre l'acquéreur, qui peut le contraindre à lui remettre l'immeuble.

Plus généralement, le droit de rétention de l'antichrésiste n'est pas opposable aux tiers qui auraient acquis sur l'immeuble un droit soumis à la publicité et qui l'auraient régulièrement publié avant l'immatriculation de l'antichrèse.

3° Droit de suite. — Dans l'article 918 du Code civil Chinois, la loi nous dit que « le débiteur peut aliéner son immeuble antichrésé à un tiers » et « le créancier antichrésiste conserve vis-à-vis du cessionnaire les mêmes droits qu'auparavant sur cet immeuble ». De ce texte nous voyons que le droit du créancier ne peut en aucune façon être compromis par le fait postérieur au contrat d'antichrèse fait par le débiteur et que ce texte veut dire un droit de suite pour le créancier. Donc, ce dernier a un droit de suivre l'immeuble antichrésé en quelques mains qu'il se trouve.

4° Droit de donner l'immeuble antichrèse en antichrèse et droit de céder sa créance (ou vente des créances). — Le droit de donner l'immeuble antichrèse en antichrèse est réglementé par l'article 915 C. civ. Chinois, qui a les mêmes dispositions que la mise en location que nous avons traité plus haut, et nous n'y reviendrons pas.

Dans la vente des créances, l'opération n'est valable que lorsqu'elle a été transcrite ou immatriculée conformément à l'article 758 et 760 du même Code précité. En ce qui concerne les effets de la cession, celle-ci transmet au cessionnaire la créance telle quelle, c'est-à-dire : pour son montant nominal et avec les garanties et accessoires qui l'accompagnent.

5° Droit de réclamer les impenses utiles. — Lorsque le créancier antichrésiste a fait des dépenses utiles qui ont accru la valeur de l'immeuble antichrèse, ou lorsque des reconstructions ou réparations ont été faites par lui en conformité des dispositions de l'article 921 du même Code, il peut, au moment de la reprise de l'immeuble par le débiteur, en réclamer le remboursement jusqu'à concurrence des bénéfices existants (art. 927 C. civ. Chinois).

6° Droit de préemption. — Quand le débiteur veut vendre son immeuble antichrèse au cours ou avant l'extinction de l'antichrèse, à une personne autre que le créancier antichrésiste, ce dernier, pour l'acheter a le droit d'offrir le même prix que le débiteur a conclu avec son acheteur ; et le débiteur ne peut pas le lui refuser, sauf pour justes motifs (art. 919 C. civ. Chinois). La loi n'a pas énuméré quels étaient les jus-

tes motifs et a laissé libre appréciation au juge, en vertu de la coutume, notamment en ce qui concerne la vente entre les parents, frères ou cousins, parce que dans ce cas, l'immeuble ne sort pas de la famille au sens large du mot.

Enfin, pour n'omettre aucune disposition du Code, relative à l'antichrèse, il nous faut indiquer encore deux droits du créancier antichrésiste: un droit d'hypothéquer l'immeuble antichrèsé (art. 882 C. civ. Chinois); et un dernier droit qui est à la fois une obligation concernant le voisinage et les servitudes des fonds voisins (art. 914 C. civ. Chinois),

B. — Obligations du créancier antichrésiste.

Conservation et entretien de l'immeuble. — Le créancier est tenu d'user de l'immeuble en bon père de famille; s'il dépasse cette limite, il devient passible de dommages-intérêts envers le constituant. En vertu de cette obligation, le créancier antichrésiste doit pourvoir à la conservation et à l'entretien de l'immeuble et faire effectuer les réparations utiles et nécessaires.

Le législateur a dû penser que les fruits ou revenus perçus par le créancier seraient largement suffisants pour faire face aux dépenses de conservation et d'entretien. Cependant il en serait autrement, si les parties avaient expressément stipulé que cette conservation et cet entretien seraient exécutés par le débiteur lui-même. Quant aux grosses réparations, qui sont une charge de la propriété, elles doivent être supportées par le propriétaire; et l'antichrésiste qui en a fait l'avance, a un recours contre celui-ci (V. *suprà*).

Paiement des charges annuelles. — Le créancier antichrésiste est tenu, s'il en a été autrement convenu, d'acquitter les contributions et les charges annuelles de l'immeuble.

Restitution de l'immeuble. — Le créancier doit restituer l'immeuble au constituant dès qu'il a été intégralement payé de sa créance.

A côté de ces obligations sus-indiquées, le créancier antichrésiste est obligé d'observer le délai du contrat d'antichrèse en ce qui concerne la location et la mise de l'immeuble antichrèse en antichrèse. Nous avons traité suffisamment ces points plus haut sans être obligé d'y revenir.

§ 5. — **Extinction de l'antichrèse.**

L'extinction de l'antichrèse peut provenir de plusieurs causes: 1° rachat fait par le débiteur; 2° défaut de rachat par le débiteur en temps utile ou prescription; 3° perte de l'immeuble antichrèse provenant de la force majeure et 4° vente de l'immeuble antichrèse au créancier antichrésiste. Nous allons les expliquer successivement.

1° Rachat fait par le débiteur. — Le débiteur peut utiliser son droit de rachat à l'expiration du terme, s'il s'agit d'un contrat à terme (art. 923 C. civ. Chinois); ou il peut racheter son immeuble antichrèse à n'importe quel moment s'il s'agit d'un contrat sans terme (art. 924 C. civ. Chinois).

Le prix du rachat est le prix originaire (c'est-à-dire

la créance originaire et sans intérêts) que le débiteur a reçu du créancier au moment de la constitution de l'antichrèse.

Pour le rachat, le débiteur est obligé d'observer le délai de rachat, et de donner un préavis de rachat au créancier antichrésiste. S'il s'agit d'un fonds cultivé mis en antichrèse, le rachat doit être effectué après la saison de la récolte et avant le commencement de la saison de culture suivante; et s'il s'agit d'autres immeubles, le rachat ne peut avoir lieu que six mois après le préavis qui a été fait au créancier (art. 925 C. civ. Chinois).

2° Défaut de rachat en temps utile ou prescription. — Il y a deux cas à distinguer.

Premier cas: le contrat d'antichrèse ne fixe aucun terme. — La déchéance pour le débiteur s'accomplit après les trente ans à dater du jour du contrat; autrement dit, le débiteur n'a pas exercé le rachat dans les trente ans qui ont suivi. En conséquence, le créancier antichrésiste acquiert de plein droit la propriété de l'immeuble antichrèse (art. 924 C. civ. Chinois).

Second cas: le contrat d'antichrèse est conclu à terme. — Le délai de déchéance est ici beaucoup plus court que le précédent, il est de deux ans et il commence à courir à partir du jour de l'expiration du contrat (art. 923 C. civ. Chinois). Cette disposition nous paraît injuste, et en contradiction avec le bon vouloir qu'a le législateur de protéger le débiteur.

Injuste, parce que d'une part, deux ans étaient trop courts et d'autre part, parce que le créancier pouvait toujours faire pression sur le débiteur pour lui faire accepter de conclure le contrat pour une durée le plus

court possible, pour quelques mois par exemple. Il en résulte ainsi qu'à l'expiration du délai de deux ans ajouté au terme du contrat, le créancier antichrésiste acquérait la propriété sans aucun débours et sans aucun effort.

En contradiction avec le bon vouloir qu'a le législateur de protéger le débiteur, parce que l'article 913 précité a prévu d'une façon catégorique la protection du débiteur, en réglementant l'insertion de la clause de pacte commissaire. Et cette clause ne peut avoir lieu pour les contrats d'antichrèse dont la durée est inférieure à quinze ans. Tandis que dans ce cas ci, deux ans seulement suffisent après l'expiration du terme. Cela équivaut donc à une véritable clause de pacte commissaire qui permet au créancier d'acquérir plus facilement encore la propriété!

3° Perte totale de l'immeuble antichrèse provenant de la force majeure. - Dans ce cas, les deux parties en supportent les conséquences, de sorte que la créance du créancier et le droit de rachat du débiteur s'éteignent simultanément (art. 920, premier alinéa, C. civ. Chinois).

De même les deux parties supportent les conséquences, s'il s'agit d'une perte partielle provenant de la force majeure, c'est-à-dire qu'elles partagent chacune la moitié de la perte (art. 920 C. civ. Chinois). Dans ce cas, si le débiteur veut racheter le reste de son immeuble, il peut déduire la moitié du prix de la partie perdue du montant du rachat (c'est-à-dire du montant de la créance). Mais, la loi ajoute que la déduction doit être faite jusqu'à concurrence de la créance.

Par exemple: Primus donne sa maison avec le ter-

rain en antichrèse à Secundus, pour une créance de 80.000 francs. La maison s'écroule par suite d'un séisme. L'estimation du prix de la maison au moment du séisme est de 40.000 francs, donc la moitié est de 20.000 francs. Dans ce cas, si le débiteur Primus veut effectuer son rachat, il peut déduire ces 20.000 francs du prix du rachat, soit: 80.000 moins 20.000 égal 60.000 francs.

Dans l'exemple ci-dessus, on suppose que la créance est supérieure à la moitié du prix de la partie détériorée. Mais il peut arriver que la créance soit inférieure à la moitié de ce prix. Dans ce cas, la déduction doit être faite à concurrence du montant intégral de la créance. Par exemple, reprenons l'exemple ci-dessus: Si la maison écroulée vaut 180.000 francs, donc la moitié est de 90.000 francs; Primus le débiteur ne peut déduire que jusqu'à l'intégralité de la créance qui est de 80.000 francs. En d'autres termes, s'il arrive une perte de l'immeuble dont la moitié est égale ou supérieure à la créance, le débiteur se trouve libéré de sa dette et reprend gratuitement ce qui reste de l'immeuble.

Après cette perte, le créancier peut, avec le consentement du débiteur, effectuer les réparations ou la reconstruction. Mais ces réparations ou cette reconstruction doivent être faites dans la limite de la valeur de la partie perdue, estimée au moment de la perte. (art. 921 C. civ. Chinois).

Il faut ajouter ici que la loi a prévu dans l'article 922, la perte de l'immeuble provenant de la faute du créancier. Et la loi distingue deux sortes de fautes: la faute simple et la faute lourde ou intentionnelle. Dans le premier cas, le créancier n'est responsable que dans

la limite de sa créance, par exemple, la créance étant de 50.000 francs, la perte de 60.000 francs, il n'est responsable que de ces 50.000 francs. Dans le second, il est responsable du montant intégral du dommage causé, même au delà de sa créance (art. 922 C. civ. Chinois).

4° Une dernière cause d'extinction de l'antichrèse est la vente de l'immeuble antichrèse au créancier antichrésiste (art. 926, premier alinéa C. civ. Chinois). C'est une confusion. D'ailleurs, la loi prescrit que le paiement du prix de vente doit être effectué en une seule fois (art. 926, 2^e alinéa C. civ. Chinois).

DEUXIÈME PARTIE

Comparaison de cette institution
avec diverses
Institutions Françaises
et Anglaises contemporaines

CHAPITRE PREMIER

Comparaison avec le mort-gage anglais (1).

Le mort-gage, le plus commun, était celui dont le créancier était définitivement nanti, sous la seule réserve de restituer le bien si le débiteur était en mesure de se libérer à l'échéance; si le débiteur laissait passer l'échéance sans s'acquitter, le droit du créancier sur l'immeuble devenait absolu et irrévocable. Le créancier ne tenait le bien en mort-gage que pendant la période où le débiteur avait la faculté de se libérer et de se faire rétrocéder l'immeuble (2). En d'autres termes, le mort-gage était une sûreté en vertu de laquelle le créancier devenait *at law* propriétaire d'un immeuble appartenant à son débiteur, à charge de le lui restituer si la dette était remboursée à l'échéance.

Cette opération juridique mettait en scène deux personnages :

(1) Nous n'étudierons que le mort-gage normal, ce qui exclut les autres droits immobiliers analogues aux mortsgages.

(2) BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, éd. fr. t. II, p. 564, Paris 1822-23.

le débiteur qui constituait le mort-gage (*mortgagor*), appelé en français mort-gageur;

et le créancier pourvu du mort-gage (*mortgagee*), appelé en français mort-gagiste.

Depuis que la loi sur l'organisation judiciaire de 1873 a expressément chargé la division de Chancellerie de la Haute-Cour de toutes les affaires relatives au rachat et à la forclusion des morts-gages (§ 34), le principe d'*équité* a prévalu en matière de mort-gage; et par suite, la nature du droit du créancier s'est modifiée complètement: *at law*, le créancier a un droit absolu sur l'immeuble, mais, en *equity*, il a tout simplement une sûreté pour le remboursement de son argent; en d'autres termes, le mort-gagiste est considéré comme n'ayant de droit sur l'immeuble que jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire pour assurer le remboursement intégral de sa créance.

En résumé : selon la théorie du « *Common Law* », le mort-gage est le transfert d'un « *estate* » à titre de garantie, et les termes du mort-gage relatifs à l'exécution de l'obligation doivent être strictement observés. Mais, selon la théorie de l'« *équité* », le mort-gage n'est pas le transfert d'un « *estate* », mais simplement un contrat ayant pour objet de garantir l'exécution d'une obligation; et il n'est pas indispensable que les termes du mort-gage relatifs à l'exécution de l'obligation soient observés à la lettre.

De l'application de ces deux théories, il résulte un effet remarquable : après l'échéance, le mort-gageur (débiteur) ne peut exercer le rachat que grâce à l'« *equity of redemption* ».

On peut essayer de dresser un tableau synthétique

de la réglementation organisée par les deux législations :

Le mort-gage anglais et l'antichrèse (« tien ») chinoise sont des sûretés réelles tendant à protéger le créancier contre le risque de non-paiement par l'affectation, à sa satisfaction, d'un bien du débiteur.

Mais il existe des différences tenant à ce que l'antichrèse chinoise est construite en grande partie en partant du concept de vente, tandis que cette notion est étrangère au droit anglais.

1° La condition de mise en possession du créancier n'est pas comprise de la même façon.

2° Le créancier, en Chine, n'a aucun recours sur les autres biens de son débiteur et supporte de multiples frais à l'occasion du bien affecté à la sûreté. En Angleterre, il peut se payer sur les autres biens du débiteur (3), et met les frais à la charge du débiteur.

3° En Chine, le débiteur ne peut consentir d'antichrèses multiples sur le même bien, et échappe presque à toute obligation accessoire relativement au bien grevé d'antichrèse. En Angleterre, les morts-gages multiples sont possibles sur le même bien, et les frais du contrat et de l'entretien de l'immeuble sont à la charge du débiteur.

D'autres différences viennent de l'idée des droits retenus par le débiteur — idée coutumière, qui est beaucoup plus développée et plus complexe en Chine qu'en Angleterre, — la publicité est plus complète en Chine.

(3) JENKS, *Digeste de Droit civil anglais*, art. 1402, II.

§ 1. — **Constitution du mort-gage.**

Propriété (4) et capacité. — Le droit anglais, comme le droit chinois, exige, pour constituer valablement un mort-gage, une série de conditions, relatives au droit que doit avoir le débiteur sur l'immeuble, et à la capacité du débiteur. Nous n'insisterons pas sur ces conditions, qui touchent à de simples détails de réglementation.

Rédaction d'un écrit. — Au point de vue de la forme, le droit anglais exige également un acte constitutif du mort-gage. A l'acte s'ajoutait autrefois un engagement (*covenant*), par lequel le cédant et ses ayants cause s'obligeaient à rembourser au cessionnaire la somme due ; cet engagement est aujourd'hui superflu ; car, en vertu du « Conveyancing and Law of Property Act » de 1881 (St. 44 et 45, Vict., c. 41, § 26), le mort-gageur est implicitement obligé au paiement, à l'échéance, du capital et des intérêts, tout comme le créancier est tenu, sans qu'il faille aucune clause expresse, de lui rétrocéder le bien aussitôt après avoir été désintéressé.

Il en est de même dans les deux législations : le fonds ou les fonds compris dans le mort-gage doivent être désignés dans l'acte d'une façon claire et précise.

En droit anglais, l'acte constitutif (*deed*) du mort-gage est dressé par un « *solicitor* » et aux frais du

(4) Le mot « propriété » est d'ailleurs impropre : En Angleterre, la propriété (*ownership*) des immeubles est théoriquement réservée à la Couronne, et les particuliers ne peuvent avoir sur l'immeuble qu'un intérêt (*estate*) plus ou moins étendu, mais toujours limité.

débiteur; tandis qu'en droit chinois, cet acte peut être un acte sous scing privé, mais qui doit être immatriculé ou transcrit, et aux frais du créancier, sauf convention ou coutume contraire.

A la différence du droit chinois encore, le mort-gage n'est soumis, en principe, à aucune mesure de publicité en Angleterre. On sait qu'en Angleterre, il n'y a, de registres pour l'inscription du mort-gage, que dans les contrées connues sous le nom de « *register counties* » (5), c'est-à-dire : Middlesex, les trois *ridings* d'York et Kingston-sur-Hull, où, faute d'inscription, l'acte serait nul par rapport aux acquéreurs et mort-gagistes ultérieurs. Toutefois, dans tous les cas où une propriété vient à être immatriculée, conformément à la loi de 1897, modifiée par le « *Land Registration Act* » de 1925 (6), les morts-gages se trouvent inscrits, comme tous les autres droits réels, sur le feuillet constitué par le « *Land Registrar* » (7).

Remise de l'immeuble. — De même qu'en droit chinois, le créancier mort-gagiste anglais, en vertu de l'acte, a le droit de s'installer sur l'immeuble ; mais il n'y est pas obligé et, en fait, depuis que les règles d'« *equity* » ont prévalu sur celles du droit strict, il ne s'y installe plus en général. En effet, la possession effective de l'immeuble mort-gagé n'est pas considérée comme un élément essentiel et indispensable.

(5) Voir Fisher, *The Law of Mortgage and other Securities upon Property*, 6th ed. London, 1910, Part. II, chap. II. sec. II.

(6) 15 Geo. 5, c. 21.

(7) Il faut ajouter qu'en vertu de l'art. 10 (c. (iii)) du « *Land Charges Act* » de 1925, les « *Equitable Mortgages* » créés autrement que par la remise des titres doivent être enregistrés, etc...

Délai. — Le droit anglais n'a pas fixé le délai du mort-gage. En fait, l'échéance peut être fixée à un jour éloigné, pourvu que le laps de temps soit raisonnable. Le point de savoir si celui-ci est ou non raisonnable est une question de fait. Des conventions stipulant que le remboursement de la dette aura lieu cinq ans ou sept ans après la création du mort-gage sont d'ordinaire considérées comme valables. Par contre, des périodes de vingt et de trente ans ont été considérées comme privant trop longtemps le mort-gageur de son droit de rachat.

Tandis que le droit chinois a fixé le délai à trente ans, délai à l'intérieur duquel les parties peuvent librement fixer l'échéance.

§ 2. — Effets du mort-gage.

Pour étudier les effets du mort-gage en droit anglais, il nous faut diviser ce paragraphe en deux parties : I. Des droits et obligations du débiteur mort-gageur ; et II. Des droits et obligations du créancier mort-gagiste.

Ces droits et obligations sont plus ou moins étendus suivant que l'une ou l'autre des parties demeure en possession de l'immeuble mort-gagé ; ainsi, nous les verrons dans les développements qui vont suivre.

I. — Des droits et obligations du débiteur mort-gageur.

Droit de rachat. — De toutes les prérogatives du débiteur mort-gageur, la plus importante est assurément la faculté de rachat. Cette faculté, de même qu'en

droit chinois, appartient également aux ayants cause du débiteur.

Droit de mort-gager le droit de rachat. — A la différence du droit chinois, le débiteur mort-gageur en droit anglais a le droit de mort-gager pour sûreté d'une autre créance le droit de rachat qui lui compète. Seulement, une loi de 1693 (St. 4 et 5, Guill. III. et Mar., c. 16, § 3), porte qu'il encourt la perte du droit de rachat (8), s'il mort-gage deux fois le même immeuble sans aviser le second créancier de l'existence du premier mort-gage (9). Tandis qu'en droit chinois, un immeuble ne peut être l'objet d'antichrèse qu'une seule fois; cela tient à ce que tout créancier antichrésiste peut toujours réclamer la possession effective de l'immeuble. En ce qui concerne le droit de rachat, il ne peut l'être non plus, parce que ce droit ne peut pas être détaché de la propriété (ici, c'est la nue-propriété). La nue-propriété ne peut l'être non plus, mais elle peut être l'objet d'hypothèque; car, en matière d'hypothèque, le créancier hypothécaire ne peut pas se mettre en possession de l'immeuble (ici, nue-propriété) affecté à la sûreté de sa créance; et parce que la nue-propriété est essentiellement transmissible d'un patrimoine à l'autre.

(8) V. JENKS, *Digeste de Dr. civ. ang.* 2 éd. t. I p. 570.

(9) Mais, depuis le « Law of Property Act » de 1925 (15, Geo. 5, c. 20), l'« *estate* » mort-gagé ne peut plus faire l'objet d'un second mort-gage. En effet, le second mort-gage sur un fonds déterminé porte non sur le droit à terme ayant fait l'objet du premier mort-gage mais sur un nouveau droit à terme, d'un jour plus long que le premier; ce second mort-gage est au même titre que le premier un « *legal mortgage* ». Voir *A Guide to the new Property Statutes* by the editors of Law notes, London, 1925, p. 15 et 43.

Droits de location et d'administration. — Contrairement au droit chinois, tant que le mort-gageur en droit anglais demeure en possession du bien, il jouit sauf convention contraire, de la faculté de l'affermier, sous la seule condition de remettre au créancier mort-gagiste une expédition du bail dans le mois à partir de sa date. Il jouit, en outre, de tous les droits d'administration et de disposition compatibles avec les intérêts du créancier mort-gagiste. Cependant, en droit chinois, on peut concevoir cette location et les actes d'administration, mais ils sont fondés sur une autre idée : soit en vertu d'un mandat du créancier antichrésiste, soit en vertu du principe de la gestion d'affaire.

Droit de ne pas rendre compte des actes d'administration. — En droit anglais, tant que le mort-gageur reste en possession de l'immeuble mort-gagé, il n'a aucun compte à rendre des fruits et accroissements ; et il n'est à aucun degré l'agent ou *bailiff* du créancier. En droit chinois, au contraire, le débiteur restant en possession de l'immeuble n'est qu'un mandataire ou gérant d'affaire de son créancier ; par conséquent, il doit lui rendre compte de tous les actes qu'il fait.

Quant aux obligations du débiteur mort-gageur, en dehors du paiement de la dette (10), elles sont beaucoup plus lourdes en droit anglais qu'en droit chinois.

En droit chinois, le débiteur n'est théoriquement tenu d'aucune obligation accessoire s'il n'y a pas de

(10) En droit chinois, le débiteur antichrésiste n'est pas poursuivable pour le paiement de la dette, et l'immeuble donné en antichrèse seul répond de cette dette.

clause expresse, parce que le débiteur est réputé vendeur. Tandis qu'en droit anglais, le débiteur est tenu de payer les charges annuelles, la conservation et l'entretien de l'immeuble mort-gagé; il est tenu également de ne pas commettre sur l'immeuble des « wastes » de nature à en diminuer la valeur lorsqu'il en est en possession.

Cette différence vient de ce que : dans le droit anglais, le mort-gage est une simple sûreté de la créance et des intérêts, comme l'hypothèque française; et ces intérêts sont toujours déterminés dans le contrat (11). Tandis qu'en droit chinois, les intérêts du capital prêté par le créancier antichrésiste sont réputés, en vertu d'un forfait, équivalents aux revenus de l'immeuble; et la situation du créancier ressemble à celle d'un usufruitier, par conséquent c'est lui qui supporte toutes ces charges.

II. — Des droits et obligations du créancier mort-gagiste.

Le créancier mort-gagiste, dans les deux législations, a les droits identiques suivants : d'abord, il a un droit de suite qui est le moyen le plus efficace de garantir sa créance; ensuite, il a un droit de jouissance et un droit de rétention lorsqu'il est en possession de l'immeuble. (Il n'y a pas de texte de loi anglaise qui

(11) Depuis la loi du 10 août 1854 (St. 17 et 18, Vict., c. 90), le taux de l'intérêt est libre en Angleterre. D'ailleurs, l'anatocisme est aussi autorisé. V. Spence, *Equity Jurisprudence*, t. II, p. 628 et 656.

Si, par hasard, le mort-gage ne contient pas de dispositions relatives aux intérêts, un taux de 5% est accordé au mort-gagiste, à moins qu'il ne s'agisse d'un mort-gage par remise des titres, auquel cas le taux est de 4%.

parle de ces droits, mais nous pensons que ces droits existent, puisque sa créance est spécialement garantie par l'immeuble.) (12). En ce qui concerne le droit de préemption, il est douteux en droit anglais, même en vertu d'une clause expresse stipulée en sa faveur (13).

Maintenant, nous allons examiner en détail les autres droits que possède le créancier mort-gagiste.

Droit de se mettre en possession de l'immeuble mort-gagé.

— Comme en droit chinois, le créancier mort-gagiste en droit anglais peut, dans le cas d'un « legal mortgage », prendre immédiatement la possession de l'immeuble, ou, si l'immeuble est loué, en percevoir les fruits.

Et les frais de perception nécessaires doivent s'imputer sur les fruits du domaine, et le créancier a même la faculté d'exiger que le débiteur paye un receveur spécial, si l'acte constitutif ne l'en dispense pas expressément (14). Tandis qu'en droit chinois, ces frais sont supportés par le créancier antichrésiste, s'il n'y a pas de convention contraire.

Droit de donner l'immeuble mort-gagé en location. —

Le créancier en droit anglais, comme le créancier en droit chinois, a la faculté de donner l'immeuble mort-gagé en location, sauf convention contraire. Mais, en

(12) Voir d'ailleurs JENKS, *Digeste de Dr. civ. anglais*, art. 1402.

(13) V. JENKS, *Dig. de Dr. civ. ang.* t. I, sous l'art. 1415.

(14) Mais, pour prévenir des abus, les cours d'Équité refusent d'accorder au créancier aucune indemnité pour ses peines personnelles ou pour les gages d'un receveur qu'il aurait installé lui-même sur le bien sans entente préalable avec le mort-gageur. V. LEHR et DUMAS, *Éléments de droit civil anglais*, 2 éd. t. I, n° 525.

droit anglais, le créancier ne peut donner un pareil bail que lorsqu'il est en possession de l'immeuble; ce droit a été étendu par le « Conveyancing Act » de 1911 (15) (art. 3 (ii)) au mort-gagiste ayant nommé un receveur; tandis qu'en droit chinois, c'est le créancier seul qui peut le faire dans tous les cas. En ce qui concerne la durée des baux, d'après le « Law of Property Act » de 1925 (16) (art. 99), en Angleterre, elle est fixée comme suit : 1° à une durée de cinquante ans au plus pour les baux à ferme (« agricultural and occupation leases »), 2° à neuf cent quatre-vingt-dix-neuf ans au maximum pour les baux pour construire (« building leases »); tandis qu'en droit chinois, les baux ne peuvent pas dépasser la durée de l'antichrèse.

Cession de créance. — Le créancier mort-gagiste en droit anglais, comme le créancier antichrésiste en droit chinois, a aussi la faculté de subroger à ses droits le tiers qui lui offre le remboursement de la créance, et de lui transférer le mort-gage, sans préjudice du droit de rachat compétant au débiteur.

Quant aux effets de la cession, ils sont les mêmes dans les deux législations : c'est-à-dire que le cessionnaire est substitué purement et simplement au cédant dans tous ses droits et obligations (17).

Mort-gage du mort-gage. — L'une et l'autre des deux législations reconnaissent au mort-gagiste le droit de

(15) 1 et 2 Geo. 5, c. 37.

(16) 15 Geo. 5, c. 20.

Antérieurement à la loi de 1925, les baux sont régis par la loi du 22 août 1881 qui limitait la durée à 21 ans au maximum pour les baux à ferme, à 99 ans au plus pour « building leases ».

(17) Art. 114 du « Law of Property Act » de 1925 (15 Geo. 5, c. 20).

mort-gager son mort-gage en faisant un « sub-mort-gage » (sous-mort-gage) au profit d'un de ses créanciers.

Droit de réclamer les impenses utiles. — En Angleterre, le mort-gagiste a droit au remboursement des sommes dépensées pour des travaux utiles si ceux-ci sont raisonnables eu égard à la valeur du fonds. En Chine, le créancier antichrésiste ne peut en réclamer le remboursement qu'au moment du rachat et seulement à concurrence de la plus-value existante.

Droit à la forclusion. — Comme en droit chinois, le créancier mort-gagiste en droit anglais peut devenir propriétaire de l'immeuble mort-gagé à l'échéance si le débiteur ne l'acquitte pas de sa dette.

En droit chinois, le créancier antichrésiste a le droit d'acquérir l'immeuble *ipso jure* et sans aucune forme de procès, deux ans après l'échéance ou trente ans après la formation du contrat; tandis qu'en droit anglais, le créancier mort-gagiste impayé à l'échéance, doit introduire devant la division de Chancellerie de la Haute-Cour une action en forclusion : le débiteur est alors mis en demeure de s'acquitter dans un délai donné; s'il ne s'exécute pas au jour dit, il est déclaré déchu de son droit de rachat, sauf à la Cour à lui accorder un délai de grâce, s'il y a lieu. Une fois la forclusion prononcée, le mort-gagiste reçoit de la Cour l'autorisation de conserver définitivement l'immeuble dont l'acte de mort-gage lui avait déjà transféré la propriété *at law*. La Cour peut aussi, si elle le juge convenable, et en vertu du St. 15 et 16, Vict., c. 86, § 48, au lieu de prononcer la forclusion, ordonner la

vente de l'immeuble ; ce § 48 a été abrogé, mais le principe en a été confirmé par le « Conveyancing Act » de 1881 (§ 25).

Droits de vendre et d'assurer l'immeuble et droit de nommer un receveur. — D'après le § 19 du « Conveyancing and Law of Property Act » de 1881 (18), remplacé par le « Law of Property Act » de 1925 (art. 101-106), le créancier mort-gagiste jouit, en vertu même du « *deed* » constitutif et sans qu'il soit nécessaire de les mentionner expressément, des trois droits suivants :

1° Du droit de vendre, dès que le remboursement est devenu exigible, tout ou partie de l'immeuble mort-gagé, soit aux enchères publiques, soit de gré à gré. Mais le créancier ne peut user de ce droit qu'après un avertissement préalable, et infructueux, de trois mois au moins, s'il s'agit du remboursement du capital, ou s'il s'agit d'intérêts ou arrérages, après deux mois de retard. La vente a pour effet de transférer le bien à l'acquéreur, franc et quitte de toute charge postérieure en rang au mort-gage du vendeur (19), mais dûment grevé de toutes les charges antérieures (20).

2° Du droit d'assurer, quand bon lui semble, l'immeuble contre l'incendie, les primes grevant le fonds sont au même rang et au même taux d'intérêt que le

(18) St. 44 et 45, Vict., c. 41. Voir *Ann. de lég. étrangère*, XI, p. 53.

(19) Le rang des morts-gages est déterminé d'après la date d'enregistrement ou d'après la date de création du mort-gage suivant le cas.

(20) Le prix de vente doit être affecté, tout d'abord, à l'extinction des créances qui priment celle du vendeur. Le solde est appliqué : 1° au paiement des frais de la vente ; 2° au remboursement de la créance du vendeur en principal, intérêts et frais. L'excédent, s'il y en a un, appartient au débiteur mort-gageur. Voir LEHR et DUMAS *op. cit.* t. I, n° 537.

capital primitif ; en principe, le montant de l'assurance ne doit pas dépasser les deux tiers de la somme nécessaire pour reconstruire les bâtiments incendiés (§ 23).

3° Du droit de nommer, aussitôt après l'échéance de l'emprunt, un receveur des revenus de l'immeuble mort-gagé, et cela aux frais du mort-gageur.

Les trois droits du créancier mort-gagiste que nous venons de citer n'existent pas en droit chinois. Cela se justifie aisément : puisque le créancier non payé deviendra *ipso jure* propriétaire de l'immeuble deux ans après l'échéance ; s'il est pressé d'argent, il ne pourra que céder sa créance ou sous-donner l'immeuble en antichrèse à son propre créancier. En ce qui concerne la nomination d'un receveur et l'assurance de l'immeuble, elles sont superflues et frustratoires : puisque les revenus et fruits de l'immeuble sont considérés forfaitairement comme l'intérêt du capital. Si le créancier néglige de les percevoir, tant pis pour lui. S'il nomme un receveur et s'assure contre l'incendie, c'est à ses propres frais et cela ne profite qu'à lui seul.

En ce qui concerne les obligations du créancier mort-gagiste, en dehors de la restitution de l'immeuble lors du paiement, qui est commune à toutes les législations, on peut dire qu'elles n'ont pas lieu en droit anglais, sauf dans le cas où il est en possession de l'immeuble. Dans ce cas, il est considéré dans une certaine mesure en « *equity* » (21), comme un représentant ou « *bailiff* » du débiteur ; il est comptable des

(21) En effet, le mort-gagiste n'avait en « *Common Law* » aucun compte à rendre au mort-gageur, avant le triomphe de l'« *Equité* ».

fruits perçus même postérieurement à la cession ; aussi, en pratique, le débiteur est-il toujours invité à intervenir, lorsque le créancier projette de faire cession de son droit.

Au contraire, en droit chinois, les obligations du créancier sont restreintes dans un sens : il n'est pas comptable des revenus ou fruits dans n'importe quel cas ; et il peut céder sa créance sans l'intervention du débiteur. Dans un autre sens, elles sont très étendues : le créancier est tenu de la conservation et entretien de l'immeuble, et des charges annuelles : le tout à ses frais.

§ 3. — Extinction du mort-gage.

Rachat. — Le rachat est un mode d'extinction normal du mort-gage. Le droit de rachat du débiteur (22), dans les deux législations, ne peut être opéré avant l'époque prévue par l'acte ; et si après avoir laissé passer l'échéance, le mort-gageur veut se libérer, il doit en aviser le créancier six mois à l'avance, ce qui permettra au créancier de trouver un nouveau placement sûr. Mais ici la législation anglaise diffère de la législation chinoise qui n'autorise pas le rachat avant la saison de la récolte, même avec un avertissement de six mois à l'avance, s'il s'agit d'un fonds cultivé.

Péréemption du droit de rachat. — Les deux législations, chinoise et anglaise, ont réglementé une extinction spéciale du mort-gage par l'écoulement d'un cer-

(22) Quand l'échéance n'a pas été fixée, le rachat peut être exercé à n'importe quel moment raisonnable.

tain temps au cas où le débiteur ne s'acquitterait pas de sa dette en temps utile : c'est la péremption du droit de rachat. Mais ce laps de temps n'est pas réglementé de la même façon par ces deux législations :

En droit anglais, d'après le « Real Property Limitation Act » de 1874 (St. 37 et 38, Vict., c. 57), le créancier mort-gagiste ne peut plus être troublé dans sa possession par l'exercice du droit de rachat, après avoir possédé l'immeuble pendant douze ans (23). Le délai de douze ans commence à courir soit à partir de l'entrée en possession du créancier, soit à partir d'une reconnaissance écrite de ses droits au mort-gageur par le mort-gagiste.

Tandis qu'en droit chinois, la péremption aura lieu : soit deux ans après l'échéance s'il s'agit d'un contrat d'antichrèse à terme fixe, soit trente ans après la formation du contrat s'il s'agit d'un contrat sans terme fixe. Et on ne distingue pas la possession ou la non-possession du créancier antichrésiste. Cela s'explique aisément : parce que, si le « corpus » de la possession est entre les mains du débiteur, ce n'est pas à titre de propriétaire, mais en vertu d'une autre idée : soit d'une re-location qui lui a été faite par le créancier, soit en vertu d'un mandat du créancier.

Renonciation. — La dette garantie par un mort-gage peut être éteinte, dans les deux législations, par la renonciation volontaire du créancier.

Il en est de même en cas de confusion, la dette est automatiquement éteinte.

(23) Antérieurement au « *Statute of Limitations* » (3 et 4, Guill. IV, c. 27), il était de vingt ans. V. JENKS, *Dig. de Dr. civ. ang.* t. I, p. 588, sous l'art. 1435.

CHAPITRE II

Comparaison avec l'antichrèse du droit français.

En France, l'antichrèse est beaucoup moins usitée, à cause de l'hypothèque qui ne prive pas le débiteur de la jouissance de l'immeuble grevé. Voici une statistique des contrats d'antichrèse portant sur trois années comparées que nous empruntons et qui est citée dans le *Cours élémentaire de Droit civil français*, par MM. Colin et Capitant (1) :

Année.	Nombre des actes.	Valeur des créances garanties.
—	—	—
1896	212	827.500 fr.
1900	70	270.800 fr.
1901	70	358.000 fr.

Une autre raison de la désuétude de l'antichrèse en France est que la pratique a imaginé une forme de crédit analogue à l'antichrèse, mais plus simple, plus souple, qui donne au créancier à peu près les mêmes avantages, sans exiger la dépossession du débiteur ; c'est la cession de loyers ou fermages non échus.

(1) T. II, p. 830, 7^e édition, 1932.

L'antichrèse française, de même que l'antichrèse chinoise, est une sûreté réelle portant sur les immeubles, et elles comportent toutes deux des contre-jouissances pour les deux parties, créancier et débiteur.

Mais, en Chine, l'antichrésiste ne peut pas réclamer son argent, bien qu'il ait une créance; et la possession de l'immeuble antichrésé tient entre ses mains la place de la somme prêtée, et cette créance ne lui donne aucun droit de poursuite (il ne peut non plus vendre l'immeuble); ce qui fait ressembler l'opération à la cession de loyers ou fermages non échus.

A la différence du droit français encore, la loi chinoise autorise le pacte comissoire lorsque le contrat d'antichrèse est conclu pour une période égale ou supérieure à quinze ans, pacte par lequel le créancier acquiert la propriété de la chose nantie, par le seul fait de non paiement à l'échéance. Un pareil pacte est formellement interdit en France par l'article 2088 du Code civil.

Nous étudierons d'abord l'antichrèse du droit français en rapprochant de celle du droit chinois; et ensuite nous ferons la comparaison entre l'antichrèse et la cession de loyers ou fermages non échus, dans un appendice annexé à ce chapitre.

§ 1. — **Formation du contrat d'antichrèse.**

Propriété et capacité. — Celui qui veut former un contrat d'antichrèse doit être propriétaire de l'immeuble ou titulaire d'une emphytéose et capable de con-

tracter. Ces deux conditions sont presque identiques dans les deux législations, française et chinoise.

Rédaction d'un écrit. — Cette condition est également identique dans ces deux législations : ainsi, l'acte constitutif peut être un acte sous seing privé, et il doit être transcrit. (Loi du 23 mars 1855 en droit français; art. 758 du C. c. Chinois.).

Il en est de même au point de vue de la preuve ; l'écrit est le seul moyen de preuve, quelque minime que soit la créance. Il est presque inutile de le dire, car on ne peut pas transcrire un acte non constaté par écrit.

Remise de l'immeuble. — En droit chinois, la remise de l'immeuble n'offre pas de controverse comme nous l'avons vu dans la partie précédente. Il en est autrement en droit français : elle a été controversée. Mais, d'après l'opinion dominante doctrinale (2) et jurisprudentielle (3), la remise effective doit être rigoureusement observée (4). D'ailleurs, la possession, exigée à l'origine pour la formation du contrat, est également nécessaire à sa durée; si le créancier l'abandonne ou s'il en est dépouillé, il perd les droits qui lui avaient été consentis.

(2) PROUDHON, *De l'usufruit*, t. I, n° 71; — DALLOZ, V. Nantissement, n° 248; — COLIN et CAPITANT, *op. cit.* II, n° 999; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XII, n° 286; — GUILLOUARD, *Du nantissement*, n° 202; — LAURENT, *Principes de Dr. civ. français* t. XXVIII, n° 528.

(3) Cass., 23 avril 1811; Caen, 16 mai 1857, Rec. des arr. de Caen, 1857, 291; Rouen, 9 août 1876, Sirey 77, 2, 241; Paris, 9 novembre 1893, Gaz. des Trib., 24 nov. 1893.

(4) Dans le sens contraire, MOURLON, *Traité théorique et pratique de la transcription*, t. I, n° 90.

§ 2. — Effets de l'antichrèse.

I. — Droits du créancier antichrésiste.

La nature du droit de l'antichrésiste était très discutée en droit français. Mais, de nos jours, il nous paraît que la théorie de la réalité est dominante et triomphante. Comme c'était déjà l'opinion de Pothier (5); les rédacteurs du Code n'ont certainement pas voulu modifier le caractère d'une institution qu'ils n'ont recueillie que par respect pour la tradition; les travaux préparatoires sont donc en faveur de la réalité, ainsi que la qualification de « nantissement » donnée à l'antichrèse (6). D'ailleurs, la question ne présente guère qu'un intérêt théorique, puisque tout le monde est d'accord pour admettre que le droit de rétention de l'antichrésiste est opposable aux tiers.

Malgré le caractère réel de son droit, le créancier antichrésiste n'a pas le droit de suite (7). C'est le trait caractéristique de l'antichrèse en droit français, trait qui l'oppose profondément au droit chinois.

L'antichrésiste a les divers droits suivants:

Droit à la jouissance et aux fruits. — Ce droit accordé au créancier, est identique dans les deux législations (art. 2085, 2^e alinéa du C. civ. Fr.; art. 911 du C. civ. Ch.), en ce sens que le créancier antichrésiste peut jouir par lui-même, cultiver les terres et en percevoir

(5) POTHIER, *Traité de l'hypothèque*, N^{os} 231, 236.

(6) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* t. XII, p. 291; — COLIN et CAPITANT, *op. cit.* t. II, p. 831; — HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. XII, n^{os} 411 à 412.

(7) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* t. XII, n^o 300.

les récoltes, habiter la maison ou donner l'immeuble antichrèse à bail, à ferme ou à loyer et toucher la redevance due par le fermier ou par le locataire (8).

Mais le droit chinois autorise au créancier antichrésiste de garder les fruits tout entier comme une sorte de forfait et comme tenant lieu des intérêts en totalité. En droit français, le créancier est également autorisé à percevoir les fruits de l'immeuble, mais à charge de les imputer sur ce qui lui est dû, et, par conséquent d'en rendre compte au débiteur (art. 2085, 2^e alinéa C. civ.); cependant, les parties peuvent convenir que les intérêts se compenseront, par une sorte de forfait, avec les intérêts, soit en totalité, soit jusqu'à certaine concurrence (art. 2086, C. civ.).

Droit de rétention. — Ce droit est également identique dans les deux législations, en ce sens que le créancier est autorisé à retenir l'immeuble qui lui a été livré en antichrèse, jusqu'au paiement intégral de la créance (art. 2087 C. civ.). Et ce droit de rétention est indivisible (art. 2087 et 2090 C. civ.).

Ce droit est également opposable aux tiers qui ont acquis sur l'immeuble un droit postérieurement à la constitution de l'antichrèse (9).

Droit de préférence sur le prix de l'immeuble. — En Chine, le droit de préférence du créancier antichrésiste est certain et n'offre jamais de controverse, puisque le caractère réel de l'antichrèse est certain. Or l'on

(8) BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, t. I, n° 182.

(9) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* t. XII, n° 291-293; — AUBRY et RAU, *Cours de Dr. civ. fr.* 5 éd. t. VI, § 438, p. 288 et note 9; — COLIN et CAPITANT, *op. cit.* t. II, n° 1002, 2°.

sait que tout droit réel comporte un droit de préférence. Le Code civil Chinois n'a pas reproduit l'article 1195 du projet du Code civil (10) parce qu'il l'a jugé inutile. Il en est différemment en France: D'après une première opinion, défendue par bien des auteurs (11), si le créancier antichrésiste poursuit lui-même la vente de l'immeuble, ou si, lors de l'expropriation poursuivie par d'autres créanciers, il consent à le délaisser, ou encore et plus généralement s'il consent à la vente de l'immeuble, l'antichrèse s'évanouit, et le créancier ne peut, en cette seule qualité, réclamer aucun droit de préférence sur le prix. Cette opinion invoque l'alinéa 2 de l'article 2091 du Code civil: « Si le créancier, muni à ce titre (d'antichrèse), a d'ailleurs, sur le fonds, des privilèges ou hypothèques légalement établis ou conservés, il les exerce à son ordre et comme tout autre créancier ». On interprète ce texte en ce sens, que le créancier antichrésiste est réduit à la loi du concours, à moins qu'il n'ait, pour d'autres causes, un privilège ou une hypothèque. Mais d'après une deuxième opinion, celle de la Cour de Cassation (12) approuvée par de nombreux auteurs (13), on reconnaît au créancier antichrésiste un droit de préférence sur le prix, soit quand il fait vendre lui-même l'immeuble, soit quand la vente est poursuivie par les créanciers hypothécaires antérieurs, sauf alors à exercer ce droit de préférence à son rang. Or, si l'ex-

(10) Voir *suprà*, première partie, ch. II.

(11) AUBRY et RAU, *op. cit.* t. VI, § 438, p. 289; — BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, *op. cit.* t. I, n^{os} 193, 203, 211; — Rouen, 9 août 1876, S. 77. 2. 241.

(12) Civ. 29 août 1865, D. 65. 1. 329, S. 65. 1. 433; Req. 24 janvier 1872, D. 72. 1. 353, S. 72. 1. 21.

(13) COLIN et CAPITANT, *op. cit.* t. II, n^o 1004, p. 834; — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* t. XII, n^o 299, p. 289 et suiv.

propriation avait pour résultat immédiat, en dessaisissant l'antichrésiste, de faire évanouir sa garantie, il est évident qu'il n'y recourrait jamais, puisqu'il aurait tout à perdre à user de cette faculté que la loi lui donne (art. 2088 C. civ.). Cette opinion, étant supérieure à la précédente, paraît en outre confirmée législativement par l'art. 10, § 15 de la loi du 17 avril 1919 sur les dommages de guerre, en vertu duquel « l'indemnité est attribuée aux créanciers privilégiés, hypothécaires *ou antichrésistes* suivant leur rang, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse... ».

Droit de réclamer les impenses utiles. — En Chine, ce droit est expressément accordé au créancier antichrésiste par l'article 927 du Code civil Chinois. En France, faute de texte formel, mais en vertu de la théorie de l'enrichissement sans cause, on accorde parfois le remboursement des améliorations que le créancier antichrésiste a faites, jusqu'à concurrence de la plus-value qui en est résultée, sans que cependant l'indemnité puisse excéder le montant de la dépense (14).

Droit de faire vendre l'immeuble. — En droit chinois, le créancier antichrésiste n'a pas le droit de réclamer sa créance même à l'échéance; par conséquent, il n'a pas le droit de faire vendre l'immeuble ainsi affecté à la sûreté.

Au contraire, en droit français, le créancier antichrésiste peut poursuivre l'expropriation forcée de l'immeuble à défaut de paiement à l'échéance (art.

(14) Req. 25 mars 1835, S. 36. 1. 110; Paris, 9 décembre 1836, S. 37. 2. 29.

2088 C. civ.). Mais, cette expropriation ne peut avoir lieu que par voies légales, et la loi prohibe le pacte commissoire (art. 2088 C. civ) (15).

Droit de préemption. — En France, le créancier antichrésiste ne jouit pas du droit de préemption, lorsque le débiteur veut vendre l'immeuble grevé d'antichrèse à un tiers. Il en est autrement en droit chinois comme nous l'avons vu dans la partie précédente.

Ajoutons, en terminant, que l'antichrèse en droit français ne peut pas être hypothéquée (16), et que l'antichrésiste a un droit de poursuite sur les autres biens du débiteur lorsque l'immeuble antichrédé devient insuffisant pour répondre de la dette. Il en est tout autrement en droit chinois (17).

II. — Obligations du créancier antichrésiste.

Les deux législations, chinoise et française, ont les mêmes dispositions relativement aux obligations du créancier antichrésiste. Celui-ci doit: 1° pourvoir à la conservation et à l'entretien de l'immeuble et faire effectuer les réparations utiles et nécessaires; 2° il est tenu d'acquitter les contributions et les charges annuelles de l'immeuble; 3° il doit restituer l'immeuble au débiteur dès qu'il a été intégralement payé de sa créance.

Cependant il existe certaines différences entre les deux législations en ce qui concerne les deux premiè-

(15) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* t. XII, p. 288-289.

(16) TROPLONG, *Traité du nantissement*, n° 526, p. 483; — BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Dr. civ.* 9^e éd. t. II, p. 831.

(17) Voir *suprà*.

res obligations numérotées ci-dessus: En Chine, ces frais sont supportés par le créancier à cause des fruits par lui perçus et qui se compensent forfaitairement avec l'intérêt. Tandis qu'en France, ces frais doivent s'imputer sur les revenus de l'immeuble et être supportés par le débiteur, à moins qu'il n'ait été convenu que les fruits se compenseraient en totalité avec les intérêts, auquel cas, le créancier ne peut réclamer contre le débiteur, que les dépenses qu'un usufruitier serait autoriser à répéter contre le nu-propriétaire (18) (art. 2086, 2^e al. C. civ.). Du reste, le créancier peut, à moins qu'il n'ait expressément ou tacitement renoncé à cette faculté, s'affranchir des obligations ci-dessus (dépenses d'entretien, charges annuelles) en obligeant le constituant à reprendre l'immeuble, auquel cas il reste simple créancier chirographaire (art. 2087, 2^e al. C. civ.). En Chine, il nous semble que le créancier n'a pas le droit de contraindre le débiteur à reprendre l'immeuble donné en gage, parce que l'antichrèse (le « tien ») est considérée dans une certaine mesure comme une demi-vente.

§ 3. — Extinction de l'antichrèse.

En droit français, comme en droit chinois, l'antichrèse s'éteint par le paiement ou le rachat opéré par le débiteur à l'échéance, par la renonciation, et par la confusion, etc...

(18) Cpr. art. 605 et suiv.; — AUBRY et RAU, *op. cit.* t. VI. § 439. p. 390.

Mais, il existe une extinction spéciale en droit chinois: c'est la péremption du droit de rachat (19). Cette péremption est proscrite en droit français par l'article 2088 du Code civil. Aux termes de cet article, « Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu; toute clause contraire est nulle... ». Le contrat qui déguise une impignoration prohibée sous les apparences d'une vente à réméré est nul, comme ayant une cause illicite, en tant qu'il contrevient à l'article 2088; la nullité est absolue, le juge devant la suppléer d'office. Mais la prohibition du pacte comissoire doit être limitée aux stipulations contemporaines du contrat d'antichrèse et à celles qui, quoique postérieures, ne seraient que la réalisation de conventions arrêtées dès cette époque: elle n'atteint pas les accords intervenus depuis la perfection du contrat, soit après l'échéance de la dette, soit même avant cette échéance (20). D'ailleurs pour obtenir la restitution de l'immeuble donné en antichrèse, le constituant a deux actions:

1° L'action personnelle née du contrat: cette action est imprescriptible tant que la dette garantie n'a pas été acquittée (arg. art. 2257 C. civ.); elle se prescrit par trente ans (21), à partir du jour où la restitution est exigible (art. 2262 C. civ.).

2° L'action en revendication, que le constituant conserve indéfiniment, même après le paiement de la dette garantie, contre le créancier ou ses héritiers: le créancier ne peut prescrire, sa possession étant pré-

(19) Voir *suprà*, première partie, chapitre II, § 5.

(20) BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, *op. cit.* t. I, n° 202.

(21) BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, *op. cit.* t. I, n° 219; — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* t. XII, n° 304.

caire, à moins que sa possession n'ait été intervertie conformément à l'article 2238 du Code civil (arg. art. 2231 et 2236 C. civ.) (22).

L'action en reprise, qui était imprescriptible dans l'ancien droit chinois, est devenue prescriptible depuis la loi de l'An 18 du règne de Kien-Lung. Aussi elle différencie de celle de la législation française.

(22) AUBRY et RAU, *op. cit.* t. VI, § 439, p. 291; — BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, *op. cit.* t. I, n° 191; — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.* t. XII, p. 291.

APPENDICE

**Comparaison avec la cession de loyers
ou fermages non échus.**

Au début de ce chapitre, nous avons parlé des causes de la désuétude de l'antichrèse en France, parmi lesquelles se trouve le développement de la cession anticipée des loyers ou fermages qui est parfois désignée dans les actes sous le nom d'antichrèse.

La cession de créance est l'équivalent des sûretés réelles, parce que celles-ci ne servent qu'à donner à un créancier, dont le débiteur est peu solvable, le moyen de se faire payer par une personne solvable (l'acquéreur du bien hypothéqué ou engagé); on obtient le même résultat en cédant au créancier le droit de se faire payer par les locataires à la place de son débiteur.

La cession des loyers n'est pas une création nouvelle (23). Elle était déjà connue dans l'ancien droit français, mais on la voyait alors avec défaveur; c'était

(23) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 821, 10^e éd., 1926.

un moyen de fraude contre les tiers et une cause de ruine pour le débiteur. Elle n'a jamais été réglée par la loi, elle est seulement mentionnée dans la loi du 23 mars 1855, qui la soumet à la transcription quand elle porte sur trois annuités ou davantage; d'ailleurs, la nécessité de transcrire n'a pas fait disparaître les formalités exigées par l'article 1690 du Code civil. Il convient d'observer que le régime de publicité auquel la loi de 1855 assujettit l'antichrèse et la cession de loyers ou fermages non échus n'est pas le même: tandis que l'antichrèse, quelle que soit sa durée, n'est jamais opposable aux tiers, notamment aux créanciers hypothécaires antérieurement inscrits, qu'autant qu'elle a été transcrite; la cession de loyers ou fermages non échus est opposable aux tiers indépendamment de toute transcription quand elle porte sur moins de trois annuités (24).

Comparée avec l'antichrèse, la cession anticipée des loyers ou fermages offre un avantage: D'abord elle permet au créancier de toucher lui-même les loyers

(24) En ce qui concerne les cessions inférieures à trois annuités, et que la loi n'assujettit pas à la publicité, la jurisprudence s'est fixée, contrairement à l'avis de beaucoup d'auteurs, en ce sens, qu'une fois enregistrées et signifiées au locataire, elles sont opposables, non seulement aux créanciers hypothécaires postérieurs à la cession, ce qui n'est pas contestable, mais même aux créanciers hypothécaires antérieurs. (Paris, 24 déc. 1894 et Bordeaux, 27 mai 1895, D. 95. 2. 385, note de M. de Loynes, S. 97. 2. 1, note de M. Wahl; Req. 14 mai 1907, D. 1907. 1. 341, S. 1909, 1. 321, note de M. Wahl.)

La jurisprudence a encore aggravé l'erreur commise par le législateur, en décidant qu'une cession égale ou supérieure à trois ans non transcrite est opposable pour une durée de trois ans moins un jour aux créanciers hypothécaires antérieurement inscrits. (Civ., 12 février 1902, D. P. 1902. 1. 337, note de M. Ambroise Colin, S. 1903. 1. 169, note de M. Naquet; — Contà: Caen, 6 juin 1893, D. 94. 2. 289; — Cf. L. BERNARD, *Des quittances et cessions de loyer en conflit avec des hypothèques*, Rev. trimestrielle, 1912, p. 38 et suiv.).

de l'immeuble, sans avoir la charge de son administration; aussi s'en contente-t-il ordinairement. Ensuite, on y évite la dépossession, toujours gênante pour le débiteur. Et enfin, elle simplifie les rapports entre les deux parties, elle les rend nuls ou peu s'en faut; le créancier cessionnaire de loyers ou de fermages n'a de rapports qu'avec les locataires ou fermiers qui deviennent ses débiteurs.

Au point de vue de la nature des deux institutions, l'antichrèse est un droit réel, tandis que la cession de loyers ou de fermages non échus est un droit personnel, quoique la loi du 23 mars 1855, la soumette à la transcription pour être opposable aux tiers, lorsque la cession est égale ou supérieure à trois ans.

De ces différences, il résulte les conséquences suivantes: L'antichrèse suppose la mise en possession; ce caractère, au contraire, ne se rencontre pas dans la cession de loyers. Le cessionnaire de loyers n'a qu'un droit, celui de toucher les sommes dues par les locataires; le créancier antichrésiste est investi des droits d'administration et de surveillance qui appartenaient au débiteur; en revanche, il est obligé de veiller à la conservation de l'immeuble, de pourvoir à l'entretien et aux réparations, de supporter les contributions et charges annuelles; aucune de ces obligations n'incombe au cessionnaire. Le créancier antichrésiste peut renouveler le bail qui vient à expiration ou en passer un second avec un autre locataire; le cessionnaire n'a pas ce pouvoir. L'antichrésiste présente un caractère accessoire et suppose l'existence d'une créance principale, le créancier antichrésiste peut voir son droit de jouissance s'évanouir par un remboursement; la cession de loyers, au contraire, a une valeur propre et

le cédant ne peut retirer arbitrairement au cessionnaire le bénéfice du contrat.

Les différences entre la cession de loyers et l'antichrèse s'atténueraient toutefois si on comparait avec l'antichrèse, non plus la cession ordinaire de loyers, mais une variété de cette combinaison, la quittance anticipée de loyers (prévue également par la loi du 23 mars 1855, art. 2 et suiv.). Dans cette hypothèse, il s'agit d'un propriétaire, pressé de besoins d'argent, qui traite, non plus avec un tiers quelconque, mais avec un locataire, disposé à lui payer par anticipation plusieurs termes de loyer. Le cocontractant du propriétaire se trouve avoir, en qualité de locataire, non pas assurément la possession juridique, mais la jouissance de l'immeuble. Sa situation présente donc plus d'un point de contact avec celle d'un créancier antichrésiste. Il y a toutefois ceci de curieux que le propriétaire arrivera à se libérer et à reprendre son immeuble, non pas en remboursant une somme d'argent, mais en fournissant à son cocontractant la jouissance de l'immeuble pendant le délai convenu.

CHAPITRE III

Comparaison avec la vente à réméré.

PREMIÈRE SECTION

Notions historiques sur la vente à réméré dans l'ancien droit français.

Un contrat de vente conclu sous cette condition que le vendeur avait le droit de résolution en s'obligeant à restituer le prix : voilà la vente à réméré ou vente avec pacte de rachat.

Connu à Rome et valable en vertu de la théorie des pactes adjoints, mais d'usage peu fréquent comme le prouve le peu de dispositions consacrées soit par le Digeste soit par le Code en cette matière, le pacte de rachat passa dans l'ancien droit français où il prit une extension considérable pour diverses raisons : D'une part, le pacte de rachat servait à conserver les biens dans la famille, puisqu'il permettait au propriétaire qui se trouvait dans la détresse de se procurer de l'argent tout en conservant l'espérance de ne pas perdre définitivement la propriété de son fonds ; d'un autre côté, il permettait au seigneur féodal embarrassé de se procurer les fonds dont il avait besoin sans aliéner les immeubles et avec l'espoir de les dégager plus tard.

Enfin les prêts à intérêt ayant été en général défendus sous l'influence de l'Eglise, la clause de rachat, considérée comme licite, fut employée d'une façon courante pour faire indirectement ce qui était défendu.

Le réméré ou le retrait conventionnel, comme on l'appelait dans l'ancien droit français, se présente comme une convention prévue et réglementée avec grands détails par plusieurs coutumes. Loysel, Tiraquau, Dumoulin, Pothier posent les règles principales de ce retrait et c'est à eux qu'on devrait avoir recours si l'on voulait étudier spécialement le réméré dans l'ancien droit. Nous n'entrerons pas dans beaucoup de détails et nous indiquerons seulement quelques points de ressemblance de cette institution avec l'« antichrèse » dans l'ancien droit chinois :

Toutes les deux institutions répondaient au désir de conserver les biens dans la famille, tout en permettant aux propriétaires gênés de s'en servir comme un moyen de crédit.

De même que dans l'antichrèse, pour que la vente à réméré eût lieu, il fallait que la clause de rachat fût partie intégrante du contrat et qu'elle fût stipulée en même temps que lui.

Il en est de même de la durée du délai de rachat qui était de trente ans (1) ; et si les parties avaient stipulé un délai plus court que trente ans pour l'exercice du réméré, la déchéance ne frappait pas de plein droit le vendeur (le débiteur dans le cas d'antichrèse) à l'expiration du délai, par conséquent il conservait pen-

(1) Art. 108 de la Cout. de Paris, et art. 269 de la Cout. d'Orléans.

dant trente ans depuis le contrat le droit d'exercer le réméré.

De ce qui précède, nous voyons donc que l'ancien droit français partait de l'idée que la vente a réméré n'était pas une vente véritable, mais qu'elle cachait une opération de crédit; c'était dans cette fonction qu'elle s'était développée et qu'elle conservait encore son utilité pratique à la fin de l'ancien droit. Dans ces conditions, la jurisprudence, surtout celle du Parlement de Toulouse, s'efforça de protéger le vendeur à réméré qui n'est en réalité qu'un débiteur et, qui, si on lui avait appliqué les principes logiques de la vente à réméré, eût été placé dans une situation par trop dure.

DEUXIÈME SECTION

Vente à réméré dans le droit français actuel (2).

On appelle vente à réméré (3) le contrat par lequel le vendeur se réserve le droit de reprendre la chose vendue en restituant à l'acheteur le prix et les frais dans un délai convenu (art. 1659 C. civ.).

(2) La vente à réméré est un contrat fort usuel et elle est surtout employée comme moyen de crédit. Voir: COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, n° 610; — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. X, n° 187 bis; — JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, n° 1155.

(3) Au fond, la vente à réméré est une vente sous condition résolutoire. Le réméré portait en conséquence, sous l'ancien droit, le nom de *retrait conventionnel*. L'expression de retrait étant vue en 1804 avec défaveur, les rédacteurs du Code ont préféré l'expression romaine de *réméré*, mot d'ailleurs inexact en soi, car il ferait croire à un transfert nouveau de la chose, à un *contractus novus*, ce qui ne correspondrait pas à la réalité: les droits de l'acheteur sont simplement anéantis rétroactivement. (COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, n° 609.).

Envisagée au point de vue économique, la vente à réméré est un procédé de crédit, c'est-à-dire qu'elle poursuit le même but que l'emprunt sur nantissement; car le propriétaire qui vend son fonds en se réservant la faculté de le racheter, n'agit ainsi que parce qu'il a besoin d'argent. « A ce titre, elle fait penser au gage ou à l'antichrèse » (4).

Au point de vue juridique, la distinction est délicate. L'emprunteur sur nantissement peut, dit-on, être contraint à payer comme tout débiteur, tandis que rien n'oblige le vendeur à réméré à racheter son bien (5). D'ailleurs, personne ne peut dire que la vente à réméré est un nantissement puisque la faculté de rachat est traitée, au titre de la vnte, chapitre VI, sous la rubrique de la nullité et de la résolution de la vente.

Cependant, aux yeux du législateur, la vente à réméré est plutôt un prêt qu'une vente, parce qu'au moment des travaux préparatoires, on en avait réclamé la suppression (6), parce que « ce contrat est un véritable prêt sur gage, et cache presque toujours une usure odieuse » (7). Portalis, dans son exposé des motifs au corps législatif, disait que le maintien de la clause de réméré est utile parce que « ce pacte offre au citoyen ou au père de famille malheureux des ressources dont il ne serait pas juste de le dépouiller. Avec la liberté de se réserver le rachat, on peut ven-

(4) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. X, p. 204.

(5) Cependant dans l'« antichrèse » chinoise, le débiteur n'est pas obligé de racheter son bien donné à titre d'antichrèse. (V. *suprà*.).

(6) La faculté de rachat est supprimée en Portugal; l'article 1587 du Code civil portugais dispose : « La vente à réméré est prohibée à l'avenir. »

(7) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. IV, p. 190.

dre pour se ménager un recours, sans perdre l'espérance de rentrer dans sa propriété » (8).

Si on la compare avec l'hypothèque et si on la considère dans son utilité, outre la récupération du bien aliéné, la vente à réméré offre cet avantage (9), de ne pas entraîner les frais d'acte notarié; un acte sous seing privé suffit. Elle n'emporte pas non plus les frais de réalisation d'une saisie immobilière. L'acheteur qui n'est pas remboursé en temps utile « demeure propriétaire irrévocable » (art. 1662 C. civ), et c'est tout.

En revanche, elle permet de tourner les dispositions prohibitives de l'usure. Il suffit pour cela de fixer un prix de vente très bas. Il est clair que si, avec faculté de réméré pendant un an, j'achète 60.000 francs un immeuble de 120.000, et si le vendeur est hors d'état de le reprendre au terme convenu, c'est comme si je lui avais prêté de l'argent à 100%. Il va de soi que, si la vente à réméré n'est qu'une vente de nom, et présente en réalité le caractère d'un contrat prohibé, elle sera nulle. La Cour de Cassation a admis que les juges du fait étaient souverains pour apprécier le caractère véritable de l'opération suivant les circonstances (10). L'opération fictive et frauduleuse ainsi réalisée a pris le nom de « contrat pignoratif »; on peut indiquer certaines particularités qui révéleront en général une intention de fraude à la loi chez le prétendu acheteur.

(8) FENET, *op. cit.*, t. XIV, p. 225.

(9) Il faut noter qu'en Chine, l'hypothèque, l'antichrèse et l'acquisition d'un immeuble soumettent à une seule sorte d'acte, acte immatriculé ou transcrit. (Art. 758 et 760 du Code civil chinois.).

(10) Req. 14 janvier 1873, D. 73.1.185, S. 73.1.134; Grenoble, 13 novembre 1891, D. 92.2.310.

Ce seront par exemple, la vileté du prix stipulé par rapport à la valeur réelle de la chose, la relocation immédiate au vendeur, la fréquence des achats à réméré effectués par une même personne (11). D'ailleurs, la coexistence de ces trois caractères n'est pas indispensable du contrat pignoratif (12). Dans ces divers cas, il y a cent à parier que l'opération recouvre en réalité un prêt sur gage frauduleux. Cette question de la répression d l'usure a repris un certain intérêt depuis le décret-loi du 30 octobre 1935.

Avant d'aborder l'étude de la vente à réméré, nous signalerons que le réméré présente une grande analogie avec l'« antichrèse » en droit chinois :

D'abord, toutes deux sont instrument de crédit. Toutefois, on peut concevoir une exception, par exemple : Une personne, propriétaire d'un immeuble, ayant une occupation dans un pays lointain ou étranger, vend son immeuble avec pacte de rachat pour s'éviter des soucis d'administration. Elle agit ainsi parce qu'elle a l'intention de retourner dans son pays d'origine et de se fixer dans son immeuble ainsi aliéné. De là, le motif de cette aliénation qui n'est pas l'expulsion de crédit à proprement parler.

Toutes deux comportent une contre-jouissance : le vendeur et le débiteur antichrésiste reçoivent l'argent et en gardent l'intérêt ; l'acheteur et le créancier antichrésiste possèdent le bien et en perçoivent les fruits sans rendre compte à personne. Toutefois, dans la vente à réméré, il peut y avoir des cas où le bien vendu ne produit pas de fruits ; alors la contre-jouis-

(11) COLIN et CAQUANT, *op. cit.*, t. II, p. 551.

(12) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. X, p. 205.

sance de l'acheteur ne saurait se trouver que dans l'usage du bien ou dans le prix d'achat intéressant.

Il y a une ressemblance curieuse et intéressante qui est d'ailleurs difficile à préciser au point de vue juridique: c'est que l'acheteur à réméré n'a pas le droit de récupérer le prix qu'il a payé au vendeur; de même que l'antichrésiste en droit chinois n'a pas, lui non plus le droit de réclamer sa créance. Mais seuls le vendeur à réméré et le débiteur antichrésiste dont nous parlons, peuvent récupérer l'immeuble ainsi vendu ou ainsi donné en gage, conformément aux dispositions visées par les deux législations.

En cas de non-exercice du rachat pendant le délai prescrit par les lois, l'acquéreur dans le cas de vente à réméré et l'antichrésiste dans le cas d'antichrèse, demeurent propriétaires irrévocables.

A côté de ces ressemblances, il existe des différences à noter:

La vente à réméré peut avoir pour objet les meubles comme les immeubles; tandis que l'antichrèse ne porte que sur les immeubles.

La vente à réméré est une vente subordonnée à une condition, résolutoire ou suspensive; tandis que dans l'antichrèse, il ne saurait être question de *condition*.

Dans la vente à réméré, l'acheteur est propriétaire du bien; tandis que dans l'antichrèse, le créancier antichrésiste ne l'est pas, et c'est le débiteur qui est propriétaire du bien antichrésié.

§ 1. — Conditions d'exercice de la faculté de réméré.

Validité de la clause de réméré. — Tout d'abord, la validité de la clause de réméré est soumise aux deux

règles suivantes qui sont presque identiques à l'antichrèse chinoise :

1° La faculté doit avoir été stipulée au profit du vendeur dans l'acte même de vente (arg. du mot *se réserve* de l'article 1659 C. civ.). De même dans l'antichrèse, la faculté de reprise doit également avoir été insérée dans l'acte même d'antichrèse ; du moins l'objet du contrat, c'est-à-dire le titre de l'acte, doit être rédigé clairement rendant compréhensible l'intention des parties.

2° Dans la vente à réméré, « la faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années » (art. 1660, premier alinéa C. civ.). Tandis que dans l'antichrèse chinoise, elle ne peut être stipulée pour un terme excédant trente ans. La règle qui fixe à cinq ans et à trente ans le maximum de la période d'incertitude créée par la clause de rachat, intéresse donc l'ordre public. D'où les mêmes conséquences ci-après :

A. — Le délai du rachat court contre toutes les personnes, même les incapables. En d'autres termes, il n'y a pas lieu d'appliquer ici la suspension de la prescription.

B. — Si la faculté de rachat a été stipulée pour un terme plus long que cinq ans dans le cas de vente à réméré, et pour un terme plus long que trente ans dans le cas d'antichrèse, elle est réduite à ce terme respectivement.

Toutes ces limites sont motivées par les inconvénients économiques et par le retrait tenant à la résolution des droits des tiers qu'entraîne son exercice.

Forme de l'exercice du réméré. — Ces formes ont

donné lieu à discussion; la jurisprudence s'est établie dans le sens d'une distinction assez rationnelle:

a) D'une part, la faculté de réméré est conservée par une simple notification que le vendeur adresse à l'acheteur, dans le délai prévu et par acte d'huissier; dans cet acte, il affirme sa volonté de mettre à profit le droit de rachat.

b) Mais d'autre part, le réméré ne joue et ne produit ses effets que le jour où le vendeur s'est acquitté de toutes les obligations que comporte pour lui un exercice; jusque-là, la propriété demeure à l'acheteur, soit à l'égard des tiers, soit même dans les rapports des parties entre elles. (V. Req. 14 janvier 1873, S. 1873. 1. 134, D.P. 1873. 1. 185; 19 octobre 1904, D. P. 1907. 1. 426, S. 1909. 1. 307.).

Sommes à rembourser. — Le vendeur qui veut récupérer son bien doit rembourser à l'acheteur:

a) Le prix principal; ce prix peut d'ailleurs être différent du prix de vente; mais une majoration trop accusée serait suspecte; elle serait le symptôme d'un prêt usuraire.

Au contraire, dans l'antichrèse chinoise, ce prix est toujours le prix originaire payé par l'antichrésiste. (créance originaire et sans intérêts).

b) Les frais et loyaux coûts de la vente.

Dans l'antichrèse, ces frais ne sont pas visés par la loi, en général, ils sont supportés par l'antichrésiste.

c) Les réparations nécessaires, intégralement.

Dans l'antichrèse, les réparations sont à la charge de l'antichrésiste sauf convention ou coutume contraire.

d) Les impenses utiles, jusqu'à concurrence de la plus-value.

Il n'est tenu compte ni des impenses voluptuaires, conformément d'ailleurs au droit commun, ni des dépenses d'entretien qui, étant charge des fruits, incombent définitivement à qui a eu la jouissance de la chose.

Or, les fruits restent à l'acheteur qui n'a pas à les restituer, de même que le vendeur garde les intérêts du prix. « Il y a compensation entre les jouissances » (13).

Droit de rétention. — L'acheteur a le droit de retenir la chose aussi longtemps que le vendeur ne lui offre pas toutes les restitutions auxquelles il a droit: donnant donnant (art. 1673, premier alinéa, C. civ., *in fine*).

Ajoutons, pour terminer, que s'il y a non-exercice du réméré pendant le délai, l'acquéreur « demeure propriétaire irrévocable ». Il en est de même dans l'antichrèse chinoise: l'antichrésiste reste propriétaire irrévocable si le débiteur ne fait pas le rachat dans le délai prescrit par les articles 923 et 924 du Code civil Chinois.

§ 2. — Effets du réméré.

On examinera la situation soit après l'exercice du réméré, soit avant son exercice, en d'autres termes *pendente conditione*.

I. — Effets du réméré après son exercice.

Il y a lieu de distinguer les effets *inter partes* et les effets à l'égard des tiers.

(13) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, p. 555.

A. — *Inter partes*, le réméré une fois exercé astreint l'acheteur à la restitution du bien dans l'état où il l'a reçu. Il est donc responsable des détériorations qu'il aurait fait subir au bien; et il doit restituer tous les accessoires qui ont pu s'y incorporer, par exemple, à la suite d'une alluvion (14). Mais l'acheteur ne doit pas rendre les fruits perçus par lui; ces fruits sont la compensation des intérêts de son prix. Aucune difficulté ne se présente pour les fruits civils qui s'acquièrent au prorata du temps couru et qui seront acquis au vendeur depuis le jour de la restitution du prix. Quant aux fruits naturels qui s'acquièrent par la perception, il est juste également de les partager entre le vendeur et l'acheteur au prorata du temps couru jusqu'aux restitutions effectuées par le vendeur. Ainsi sera empêché le calcul du vendeur qui, exerçant le réméré à la veille de la perception, priverait l'acheteur du fruit, tout en ayant bénéficié des intérêts du prix jusqu'au jour de la restitution (15). Dans l'antichrèse chinoise, il n'y a pas de difficulté relativement à tous les fruits: le fruit civil se perçoit jour par jour; le fruit naturel appartient toujours au créancier antichrésiste puisque la loi n'autorise au débiteur de reprendre son fonds cultivé donné en antichrèse, qu'après la saison de la récolte et avant le commencement de la saison de culture suivante.

Quant au vendeur, il doit, comme il est dit plus haut, restituer le prix, plus les frais et loyaux coûts

(14) LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXIV, n° 407; — GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, n° 671; — BAUDRY-LACANTINERIE et SAINAT, *De la vente*, n° 650.

(15) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, p. 555; — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. X, p. 220.

de la vente et les impenses nécessaires ou utiles effectuées par l'acheteur sur le bien.

B. — A l'égard des tiers, le réméré joue comme une condition. « Lorsque le vendeur rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat », dit l'article 1673, 2^e alinéa du Code civil, « il le reprend exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé ». On remarquera que la loi permet au vendeur (art. 1664 C. civ.) d'exercer son action en reprise *directement* contre un tiers détenteur, sans avoir besoin de faire auparavant prononcer la résolution à l'encontre de son propre acheteur.

Il en est ainsi pour le prix de la sous-acquisition. Le vendeur ne rembourse entre les mains du détenteur que ce qu'il a reçu.

Cependant, le principe de la rétroactivité du réméré souffre une exception inspirée par un intérêt pratique évident: Le vendeur qui a exercé le réméré est tenu d'exécuter les baux faits sans fraude par l'acheteur (art. 1673, 2^e alinéa C. civ., *in fine*). Ici la loi a considéré que cette solution était conforme à l'intérêt des deux parties; il est nécessaire, en effet, que l'acheteur puisse passer des baux soustraits à l'éventualité d'une résolution. Le texte ne fixe aucune limite précise. Ainsi, un bail de plus de neuf ans pourra être considéré comme fait sans fraude, les tribunaux apprécieront. Tandis que dans l'antichrèse chinoise, il ne saurait être question de *condition*, par conséquent il n'y a pas de rétroactivité du rachat; et le bail conclu par l'antichrésiste n'est opposable au débiteur que lorsqu'il est fait dans la limite du délai de l'antichrèse.

Remarquons que la résolution de la vente à réméré

s'accomplit et produit tous ses effets, même à l'égard des tiers, indépendamment de toute publicité: à la différence de l'extinction de l'antichrèse chinoise que l'article 758 du Code civil Chinois oblige à une immatriculation.

II. — Situation des parties *pendente conditione*.

A. — Depuis la réalisation de la vente, l'acheteur est propriétaire et a le droit d'accomplir tous les actes d'administration et de jouissance d'un propriétaire, même les actes de disposition; mais avec ce tempérament qu'il ne peut constituer sur le fonds que des droits soumis à la même éventualité de résolution que le sien.

Tandis que dans l'antichrèse, l'antichrésiste n'est pas propriétaire du fonds; celui-ci est réservé au débiteur, par conséquent il ne peut pas disposer de la propriété; il en a simplement la jouissance. C'est sur son droit de jouissance qu'il peut faire des actes d'administration et de disposition.

B. — La condition du vendeur à réméré *pendente conditione* prête à bien des controverses (16):

Première opinion. — La condition du vendeur est en général conçue par la doctrine (17) comme celle d'un propriétaire sous condition suspensive. Ainsi, le même événement, à savoir l'exercice du réméré, joue-

(16) Voir également sur ce point, *La vente et le louage*, de Ch. et R. BEUDANT, p. 239-240, Paris, 1908.

(17) LAURENT, *op. cit.*, t. XXIV, n^{os} 392 à 395; — GUILLOUARD, *op. cit.*, n^o 66; — BAUDRY-LACANTINIERIE et SAIGNAT, *op. cit.*, n^{os} 641 à 645; — JOSSERAND, *op. cit.*, t. II, n^o 1162.

rait en même temps le rôle d'une condition suspensive à l'égard des droits du vendeur, et celui d'une condition résolutoire à l'égard des droits de l'acheteur. Or, on n'imagine pas une propriété sous condition résolutoire sans propriété sous condition suspensive correspondante; si l'acheteur n'a qu'une face de la propriété, c'est que la face complémentaire est le lot d'une autre personne qui ne saurait être évidemment que le vendeur. En conséquence, chacun des deux aurait concurremment le droit d'accomplir sur la chose tous les actes d'un propriétaire; seulement, le sort des uns et des autres serait subordonné à une éventualité qui, survenant, anéantirait les uns, et donnerait aux autres toute efficacité. (En ce sens trib. civ. Seine, 20 juillet 1917, Gaz. Trib. 18-19 octobre 1918).

Deuxième opinion. — La jurisprudence et la plupart des auteurs (18) admettent que le vendeur, tant qu'il n'a pas exercé le réméré, est un simple créancier; sa créance consiste en un droit d'exiger la restitution de la chose, dont la propriété a été intégralement transférée à l'acheteur par le contrat. En d'autres termes, le vendeur n'a point, *pendente conditione*, de droit réel sur la chose, de *jus in re*, mais un simple droit personnel « par rapport à l'héritage », un *jus ad rem* (18 bis).

En conséquence, le vendeur ne peut consentir aucun droit réel sur le bien vendu; les hypothèques par lui accordées sont nulles, même si le bien revient un

(18) AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. II, § 209, note 68; — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. X, n° 190, — COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, n° 616.

(18 bis) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, n° 616.

jour en sa propriété; et la même règle doit logiquement être étendue aux servitudes de tout ordre (19).

De ces deux opinions résultent les conséquences suivantes:

a) Si le droit du vendeur était un *jus in re*, la cession de la faculté du réméré nécessiterait une transcription. Avec la seconde opinion, au contraire, il suffira de faire la signification de l'article 1690 du Code civil à l'acheteur, ou d'en obtenir l'acceptation dans un acte authentique.

b) Les hypothèques constituées sur la chose par le vendeur avant le réméré seront-elles valables, une fois le réméré exercé? La question ne se pose pas pour le vendeur lui-même qui, tenu de la garantie, ne serait évidemment pas reçu à contester la valeur des droits par lui rétablis. Mais on peut supposer que le vendeur ait cédé sa faculté de réméré. Et la Jurisprudence (20) décide, ce qui est conforme au système du droit personnel du vendeur, que le cessionnaire, une fois le réméré exercé, pourra considérer comme non avenues les charges réelles constituées par son cédant dans l'intervalle compris entre la vente et la cession. Il en serait autrement avec le système contraire.

Au contraire, la situation du débiteur antichrésiste ne donne lieu à aucune discussion. Il est propriétaire du fonds et a le droit d'en disposer, mais cette disposition ne doit causer aucun trouble à la jouissance du créancier antichrésiste.

(19) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. X, p. 208.

(20) Paris, 12 août 1871, D. P. 73.2.133, S. 71.2.193, note de M. LABBÉ.

CHAPITRE IV

Comparaison avec l'hypothèque.

PREMIÈRE SECTION

Définition et caractère de l'hypothèque.

L'hypothèque est une sûreté réelle, qui, sans déposer le propriétaire du bien grevé, permet au créancier de le saisir à l'échéance, de le faire vendre en quelques mains qu'il se trouve, et de se faire payer sur le prix par préférence aux autres créanciers. Elle consiste donc essentiellement à affecter, par préférence et sans déplacement, un bien particulier, détaché de l'ensemble du patrimoine dont il fait partie, à l'exécution d'une dette déterminée, ce bien restant d'ailleurs soumis au droit de gage général résultant de toute obligation (1).

On voit par là que l'hypothèque est un mode de crédit foncier fort commode, et qu'elle diffère de l'antichrèse chinoise par plusieurs points ci-après :

1° L'antichrèse confère au créancier le droit de détenir l'immeuble et d'en jouir ; le propriétaire perd

(1) Cf. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, t. I, *Introd.*, p. III.

donc son droit de jouissance. Au contraire, l'hypothèque ne fait perdre au propriétaire ni la détention, ni la jouissance de l'immeuble hypothéqué. D'où le créancier hypothécaire n'a ni le droit à la jouissance et aux fruits, ni le droit de rétention. Par contre, il n'a pas le souci des actes d'administration ni du règlement des questions d'impenses.

2° Un propriétaire d'un immeuble peut constituer une ou plusieurs hypothèques successives sur le même immeuble. Au contraire, on ne conçoit jamais des antichrèses multiples, mais une seule. En conséquence, il n'y a ni concours de créanciers antichrésistes ni question de rang entre eux comme il peut y en avoir dans l'hypothèque.

3° Nous avons vu plus haut que, l'immeuble donné en antichrèse, seul répond de la dette, et quoiqu'il lui advienne qu'il soit détérioré ou perdu, le créancier antichrésiste ne peut pas poursuivre le débiteur pour tout ou partie de sa créance ainsi garantie. Tandis que dans l'hypothèque, si la vente de l'immeuble est insuffisante pour faire face au créancier hypothécaire, celui-ci peut se faire payer par les autres biens du débiteur.

4° L'antichrèse chinoise tenant l'idée d'une vente à réméré, le débiteur n'est jamais poursuivable; il en est tout autre dans l'hypothèque.

5° Une dernière différence est qu'en Chine, l'antichrèse peut parfaitement être donnée en antichrèse (antichrèse de l'antichrèse).

Tandis que l'hypothèque ne comporte pas l'hypothèque : *le pignus pignori datum* connu du droit romain

et de l'ancien droit français (2), est tombé en discrédit; un sous-ordre devait être ouvert pour répartir, entre les créanciers ayant hypothèque sur l'hypothèque, les sommes attribuées au créancier ayant hypothèque sur l'immeuble par nature; or le sous-ordre est proscrit par le Code de procédure civile (art. 775); du même coup se trouve condamnée l'hypothèque de l'hypothèque, puisque sa réalisation impliquerait fatalement l'ouverture d'un sous-ordre. Un créancier hypothécaire a d'ailleurs d'autres moyens de tirer parti de sa sûreté, d'en faire un instrument de crédit : libre à lui de la céder ou de donner en gage sa créance hypothécaire.

Il nous reste maintenant à examiner les traits caractéristiques de l'hypothèque, énoncés par l'article 2114 du Code civil. Ces traits peuvent se résumer dans les trois propositions suivantes: 1° l'hypothèque est un droit réel accessoire; 2° elle est un droit réel immobilier; 3° elle est un droit indivisible. Ces trois caractères sont identiques à l'antichrèse chinoise.

1° *L'hypothèque est un droit réel accessoire* (art. 2114, premier alinéa C. civ.). — En effet, l'hypothèque est un droit qui porte directement sur un immeuble. Ce n'est pas un droit contre une personne déterminée, en vue d'une prestation à accomplir par cette personne. Et c'est un droit opposable à tous; elle comporte un droit de préférence et un droit de suite.

Quand on dit que ce droit réel est accessoire, cela signifie que l'hypothèque, destinée à servir de garan-

(2) POTHIER, *Hypothèque*, n° 39; — PLANIOL, *op. cit.*, t. II, p. 887-888, n° 2731.

tie à une créance (3), ne se comprend pas sans une créance dont elle doive assurer le paiement.

Sous le silence de la loi et l'obscurité de la définition de l'antichrèse donnée par l'article 911 du Code civil Chinois, le caractère de l'antichrèse chinoise, est-il principal ou accessoire, est difficile à saisir. Or, on sait que l'antichrèse est le nantissement et que sa constitution est motivée par la nécessité du crédit. Donc l'immeuble donné en antichrèse est un gage pour le créancier, et on ne conçoit plus une antichrèse sans une créance correspondante. Et si on se réfère à sa définition donnée par l'article 1195 du projet du Code civil Chinois, on sera assuré qu'elle est un droit réel accessoire. Voici le texte de l'article 1195 du projet du Code civil Chinois: « Le créancier (en vertu de l'antichrèse) acquiert le droit de prendre possession d'un immeuble remis par le débiteur ou par un tiers *en garantie d'une créance*, et d'être payé par préférence sur le produit de la vente de l'immeuble ».

2° *L'hypothèque est un droit réel immobilier.* — En principe l'hypothèque ne peut être constituée que sur des immeubles. Néanmoins, quelques auteurs (4) ont prétendu que l'hypothèque, étant l'accessoire d'une créance, chose mobilière, revêt, elle aussi, le caractère mobilier. C'est une erreur dont on a depuis longtemps fait justice. C'est pousser trop loin l'esprit de logique et fermer les yeux à la réalité des choses, que de vou-

(3) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. XII, n° 330; — COLIN et CAPITANT, t. II, n° 1190.

(4) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, n°s 471 et 472; — COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, t. IX, n° 75 bis-III.

loir imposer à l'accessoire tous les traits juridiques du principal (5).

3° *L'hypothèque est un droit indivisible* (art. 2114, 2^e alinéa C. civ.). — L'hypothèque est, de sa nature, indivisible: l'immeuble dans sa totalité et dans chacune de ses parties, est affecté au paiement de l'intégrité et de chaque fraction de la dette: « *est tota in toto et tota in qualibet parte* », a dit Dumoulin dans une formule célèbre qui a inspiré l'article 2114 du Code civil (6).

Pour comprendre la portée de l'indivisibilité, il faut se rappeler que, quand un débiteur meurt en laissant plusieurs héritiers, la dette se divise de plein droit entre ceux-ci, de telle sorte que le créancier ne peut poursuivre chacun d'eux que jusqu'à concurrence de sa part et portion d'héritage (art. 1220 C. civ.). Il résulte de là que le créancier se trouve avoir dorénavant autant de débiteurs qu'il y a d'héritiers et que, si l'un d'eux est insolvable, il ne peut pas réclamer aux autres la part de ce dernier. C'est là un véritable danger pour le créancier, et, pratiquement, il ne peut s'y soustraire qu'en saisissant les biens héréditaires avant le partage. Or, l'hypothèque supprime ce risque, grâce à son indivisibilité. En effet, l'action hypothécaire, à la différence de l'action personnelle ne se divise pas. L'immeuble hypothéqué répond toujours de la totalité de la dette et, chose remarquable, chaque fraction de l'immeuble hypothéqué répond elle aussi, de la totalité.

(5) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. XII, n° 329; — COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, n° 1191.

(6) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. XII, n° 339; — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. III, § 284, p. 674 et suiv.; — LAURENT, *op. cit.*, t. XXX, n° 175.

Diverses espèces d'hypothèques. — D'après la division du Code civil (7), on peut distinguer trois espèces d'hypothèques, à savoir: l'hypothèque légale, qui est celle qui résulte de la loi; l'hypothèque judiciaire, qui est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires; et l'hypothèque conventionnelle qui est celle qui dépend des conventions, et de la forme extérieure des actes et des contrats (art. 2117 C. civ). C'est cette dernière, hypothèque conventionnelle, que nous avons à étudier dans la suite.

DEUXIÈME SECTION

Constitution de l'hypothèque.

§ 1. — Conditions requises dans la personne du constituant.

Première condition : Etre propriétaire de l'immeuble.

Qu'une personne ne puisse pas constituer une hypothèque sur un immeuble qui ne lui appartient pas, cela tombe sous le sens; on ne peut pas plus hypothéquer l'immeuble d'autrui qu'on ne peut le vendre (art. 1599 C. civ). Une semblable hypothèque est nulle, comme est nulle la vente de la chose d'autrui. Les effets de la nullité sembleraient donc devoir être les mêmes dans les deux cas. Cependant, il n'en est rien,

(7) Voir sur ce point, AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. III, § 258, p. 201, note 3, et § 265, texte, n° 3, lettre a; — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, t. II, n° 962-I; — COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, n° 1205; — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. XII, n° 326.

la jurisprudence et la doctrine traitant tout différemment les deux situations. Tandis que la nullité de la vente de la chose d'autrui est une nullité relative (8), qui ne peut être invoquée que par l'acheteur et non par le vendeur, et qui s'éteint si, postérieurement, le vrai propriétaire ratifie la vente, ou si le vendeur acquiert la propriété, au contraire, on décide que la constitution d'hypothèque faite *a non domino* est nulle d'une *nullité absolue*, invocable par conséquent par tout intéressé, et non susceptible de disparaître, même si, plus tard, le constituant devient propriétaire (Civ., 24 mai 1892, D. P. 92. 1. 327, S. 92. 1. 289; Montpellier, 10 février 1896, D. P. 97. 2. 269, S. 96. 2. 128; Civ., 13 novembre 1912, D. P. 1913. 1. 433, note de M. Loynes, S. 1914. 1. 150).

La jurisprudence et les auteurs (9) invoquent l'article 2129, 2^e alinéa du Code civil, qui interdit l'hypothèque des biens à venir. Cette prohibition prouve, dit-on, qu'on n'a pas le droit d'hypothéquer un bien dont on n'est pas actuellement propriétaire, et, la raison en est qu'une constitution d'hypothèque ainsi faite ne présenterait pas les garanties que doit offrir le gage hypothécaire. La qualité de propriétaire est donc considérée comme un élément essentiel du contrat, et la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui est, en conséquence, une nullité d'ordre public. L'arrêt précité de la Chambre civile porte même que le contrat est entaché d'une nullité absolue, comme manquant

(8) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, n° 537.

(9) AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 440; — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, t. II, n°s 1304-1308; — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. X, n°s 420-421.

d'objet; sans doute veut-il dire par là que l'objet est illicite.

En Chine, la jurisprudence décide au contraire que la ratification du véritable propriétaire ou l'acquisition du bien grevé postérieure au contrat d'antichrèse valident la constitution d'antichrèse. En effet, l'antichrèse chinoise implique l'idée d'une vente.

Deuxième condition : Etre capable d'aliéner.

Pour pouvoir constituer valablement une hypothèque sur ses immeubles, il faut que le propriétaire soit capable d'aliéner. En effet, hypothéquer est un acte aussi grave qu'aliéner par les conséquences qu'il emporte. Les incapables ne peuvent donc hypothéquer leurs immeubles qu'en observant les mêmes formes que pour l'aliénation (art. 2126, Cf., pour les mineurs, art. 457, 458, 484; pour l'interdit, art. 509; pour les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, art. 499 et 513 C. civ.).

Par exception, le mineur émancipé régulièrement autorisé à faire le commerce, conformément à l'article 2 du Code de Commerce, peut hypothéquer ses biens pour les besoins de son commerce (10), quoiqu'il n'ait pas le droit de les aliéner sans observer les formalités de la tutelle (art. 6 C. com.).

La règle de capacité susdite correspond presque exactement au constituant d'antichrèse en droit chinois, même en ce qui concerne cette exception (arg.

(10) Req., 16 mars 1898, D. 98.1.279, S. 98.1.325. — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 452; — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, t. II, n° 1362; — LAURENT, *op. cit.*, t. XXX, n° 490 bis.

art. 6 des Principes généraux des Commerçants de la République de Chine).

§ 2. — **Formes du contrat de constitution d'hypothèque.**

Le contrat de constitution d'hypothèque ne peut être consenti que par un acte passé devant notaire (art. 2127 C. civ.). C'est un des rares contrats solennels du Droit français. Et cela diffère complètement du droit chinois: En Chine, le transfert ou la constitution des droits réels immobiliers doivent être faits par écrit et être immatriculés au livre foncier (art. 758 et 760 C. civ. Chinois) et c'est tout.

En ce qui concerne les conditions que l'acte constitutif d'hypothèque doit remplir, elles sont au nombre de quatre, mais les deux premières sont inconnues dans l'antichrèse chinoise.

1° L'acte constitutif doit être rédigé en France pour les biens situés en France (art. 2128 C. civ.).

2° L'acte doit être reçu par un notaire français.

3° L'acte doit, sous peine de nullité, déclarer spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels le débiteur consent l'hypothèque (art. 2129 C. civ.). C'est ce qu'on appelle le principe de la spécialité du gage hypothécaire.

Le principe de la spécialité quant au gage hypothécaire ne fait pas obstacle à ce que le débiteur hypothèque tous ses biens présents, mais à la condition de désigner nominativement chacun de ces biens dans l'acte constitutif. Une constitution d'hypothèque faite en bloc sur tous les biens présents serait nulle (art. 2129 C. civ.).

A ce principe de la spécialité s'attache dans une certaine mesure la règle de prohibition d'hypothéquer les biens à venir. En effet on ne conçoit guère l'hypothèque des biens à venir que comme affectant ces biens en bloc, d'une manière générale. Mais alors comment serait-il possible d'indiquer, dans l'acte constitutif de l'hypothèque, la nature et la situation de chacun de ces biens, puisqu'on ne sait quels ils sont? Cependant cette règle souffre deux exceptions : a) lorsque les biens présents du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance (art. 2130 C. civ.), et b) lorsque l'immeuble ou les immeubles assujettis à l'hypothèque eussent péri ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté de la créance (art. 2131 C. civ.).

4° L'acte doit également, sous la même sanction, individualiser la créance pour laquelle l'hypothèque est consentie, c'est-à-dire en indiquer la cause et en énoncer le montant, sauf pourtant dans le cas où le chiffre en serait indéterminé (art. 2132 C. civ.). C'est ce qu'on appelle le principe de la spécialité de la créance garantie.

Les deux règles de spécialité sus-mentionnées sont très utiles au débiteur : elles permettent en effet au débiteur de ménager son crédit.

En Chine, les deux règles de spécialité s'appliquent toujours strictement, car, l'antichrèse chinoise ressemble dans une certaine mesure à une vente ; or on ne conçoit pas une vente générale de tout le bien d'une personne et à un prix indéterminé. De là même, il ne saurait y avoir d'antichrèse sur les biens à venir.

TROISIÈME SECTION

Effets de l'hypothèque.

Pour bien comprendre les effets de l'hypothèque, il ne suffit pas de les étudier: 1° dans les rapports du créancier hypothécaire avec les autres créanciers du propriétaire de l'immeuble (droit de préférence) et 2° dans les rapports du créancier avec les tiers acquéreurs (droit de suite). Il faut encore se rendre compte des effets que produit l'hypothèque dans les rapports du créancier et du débiteur, indépendamment de toute aliénation. C'est même par là que l'on devrait logiquement commencer; les questions relatives au droit de préférence et au droit de suite ne venant que plus tard, quand l'hypothèque est exercé.

Ainsi, dans cette section nous comprenons:

1° Les conséquences que l'hypothèque entraîne à l'égard du débiteur, soit avant l'exercice de l'action hypothécaire, soit après;

2° Les avantages qu'elle procure au créancier sur les immeubles affectés à l'égard des tiers, c'est-à-dire droit de préférence et droit de suite.

**§ 1. — Conséquences de l'hypothèque
à l'égard du débiteur.**

I. — Avant l'exercice de l'action hypothécaire.

Tant que le créancier n'exerce pas l'action hypothécaire, le débiteur, propriétaire de l'immeuble hypothéqué, conserve tous les attributs du droit de propriété: administration, jouissance de l'immeuble,

droit de l'aliéner, il peut le grever de nouvelles hypothèques ou de servitudes réelles, le donner en antichrèse (11).

L'une des conséquences est que les baux passés par le débiteur relativement à l'immeuble hypothéqué sont opposables au créancier hypothécaire. Mais cela n'est vrai que pour les baux qui ne dépassent pas dix-huit ans. Ceux qui sont conclus pour plus de dix-huit ans ne lui seraient opposables que s'ils avaient été transcrits avant l'inscription de l'hypothèque (art. 2 et 3, loi du 23 mars 1855).

Le propriétaire continue également à percevoir les fruits et revenus de l'immeuble hypothéqué. Il peut même toucher ou céder les loyers non échus. Mais, ici encore, la loi du 23 mars 1855 a limité son droit, en soumettant à la transcription les quittances ou cessions quand elles s'appliquent à trois années ou plus, de loyers ou fermages non échus. Quand donc l'hypothèque est inscrite, le débiteur ne peut plus toucher à l'avance ou céder les revenus de l'immeuble hypothéqué que pour une période inférieure à trois années (12).

Nous supposons, bien entendu, que tous les actes ci-dessus visés ont été passés sans intention frauduleuse, car, s'il en était autrement, le créancier pourrait les attaquer par l'action Paulienne.

Enfin, le débiteur conserve le droit de disposer du bien grevé d'hypothèque.

Nous avons déjà dit que l'antichrèse chinoise fait passer la possession de l'immeuble au créancier anti-

(11) AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. III, § 286, p. 699; — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. XIII, n° 896.

(12) Voir *suprà*, la présente partie, chapitre II. Appendice.

chrésiste; il est logique que le débiteur n'en a plus de droit d'administration et de jouissance; cependant il est propriétaire de l'immeuble, et à ce titre il garde le droit de l'aliéner, mais non de le grever de nouvelle antichrèse.

II. — Après l'exercice de l'action hypothécaire.

Le créancier qui renonce à obtenir son paiement n'a qu'une ressource : pratiquer une saisie, dans la forme réglée par le Code de procédure civile (art. 673 et suiv.). Il fera donc un commandement de payer, suivi d'un délai d'attente de trente jours, et remplira ensuite toutes les formalités de la saisie de la même manière que s'il était créancier chirographaire.

A la suite de la dénonciation de la saisie faite au débiteur, le créancier doit la faire transcrire au bureau de la conservation des hypothèques (art. 678 C. pro. civ.). Cette transcription a pour but de prévenir les tiers qui pourraient traiter avec le saisi. En effet, à partir du moment où elle est accomplie, les droits du débiteur sur l'immeuble se trouvent sensiblement restreints, et cela au point de vue ci-après :

1° Tout d'abord, la transcription de la saisie enlève au propriétaire le droit d'administration et de jouissance.

2° Les fruits de l'immeuble échus depuis la transcription de la saisie sont immobilisés, et affectés par préférence au paiement des créanciers inscrits (art. 682, 685, Code pro. civ.).

3° Enfin, le saisi ne peut plus aliéner l'immeuble à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer (art. 686 Code pro. civ.).

Cette prohibition comprend également les constitutions de droits réels. Cependant, la jurisprudence admet qu'elle ne vise pas les hypothèques, et que le saisi conserve encore la faculté d'hypothéquer l'immeuble (13).

Le droit de saisir l'immeuble du créancier impayé à l'échéance et les conséquences qu'il entraîne ne s'appliquent pas à l'antichrèse chinoise, parce que le créancier antichrésiste est privé du droit de réclamer sa créance et parce que la loi chinoise lui accorde une faveur considérable d'être devenu propriétaire de l'immeuble antichrèsé, lorsqu'il n'est pas désintéressé deux ans après l'échéance ou trente ans après le contrat d'antichrèse.

**§ 2. — Avantages que l'hypothèque procure
au créancier à l'égard des tiers.**

L'hypothèque produit, nous le savons, deux effets. Elle donne au créancier le droit de préférence et le droit de suite.

I. — Le droit de préférence.

La question du droit de préférence est celle de savoir dans quel ordre doivent être payés les créan-

(13) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, n° 1284; — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. XII, n° 410; — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. III, § 266, p. 457-458; — GARSONNET et CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. IV, n° 373, texte et notes 11-16.

ciers ayant hypothèque sur un immeuble. Elle s'élève, après que l'immeuble a été transformé en argent, lorsqu'il s'agit de distribuer cet argent aux créanciers. Le droit de préférence suppose donc un conflit entre les créanciers du débiteur, et il s'exerce sur le prix de l'immeuble.

Le règlement de la préférence entre créanciers hypothécaires sur les immeubles se fait au moyen d'une procédure particulière, la procédure d'ordre (art. 749-789 C. pro. civ.). Les règles de cette procédure ont été considérablement améliorées par la loi du 1^{er} mai 1858.

Pour exercer le droit de préférence, il faut que le créancier ait pris une inscription. En d'autres termes, tant qu'il n'a pas inscrit son hypothèque, il ne peut pas l'opposer aux autres créanciers, mêmes chirographaires.

Dans le classement des hypothèques (ordinaires), c'est le jour de l'inscription qui donne le rang au créancier. Depuis la loi du 1^{er} mars 1918, la date des inscriptions est déterminée par la mention qui en est portée sur le registre des dépôts, mention qui est reproduite sur le bordereau remis au requérant; de sorte qu'on a diminué le travail des conservateurs et allégé leur responsabilité.

Au cas où il y a deux créanciers inscrits le même jour, ils exercent leur droit hypothécaire en concurrence l'un avec l'autre, « sans distinction entre l'hypothèque du matin et celle du soir, quand même cette différence serait marquée par le conservateur » (art. 2147 C. civ.).

Dans l'antichrèse chinoise, un immeuble ne peut être donné en antichrèse qu'une seule fois; par consé-

quent il n'y a pas de question de rang à déterminer et le droit de préférence du créancier antichrésiste n'est utile qu'à l'encontre des créanciers chirographaires et des créanciers hypothécaires ultérieurs à la constitution d'antichrèse (14). D'ailleurs, son droit sur l'immeuble est beaucoup plus fort que celui des créanciers hypothécaires: Pour mettre fin à son droit de jouissance et de possession, il faut que l'antichrésiste soit intégralement désintéressé, autrement dit, l'expropriation ne peut avoir lieu que lorsque la somme est suffisante pour le désintéresser; tandis que le créancier hypothécaire ne venant pas en rang utile, son hypothèque est radiée et il est réduit à un créancier ordinaire.

II. — Le droit de suite.

D'après le droit commun, le droit de gage général, qui appartient aux créanciers sur les biens de leur débiteur, est anéanti par l'effet d'une aliénation, ce qui sort du patrimoine du débiteur sort du gage du créancier, sauf l'effet de l'action Paulienne au cas de fraude. L'hypothèque met le créancier à l'abri de ce danger: le débiteur aura beau aliéner son bien, le créancier hypothécaire suivra l'immeuble en toutes mains et il le suivra, même quand il aura cessé d'appartenir à son débiteur et qu'il sera devenu la propriété de quelqu'un qui ne lui doit rien.

(14) Le rang entre le créancier antichrésiste et les créanciers hypothécaires est déterminé par l'ordre de leur immatriculation.

Le droit de suite n'est pas un droit distinct, une sorte d'accessoire ou d'annexe de l'hypothèque. C'est l'hypothèque elle-même exercée contre un sous-acquéreur, sous la forme d'une action réelle; quand il exerce son droit de suite, le créancier demande la même chose que s'il agissait contre son débiteur primitif: à savoir son paiement par préférence à tous autres.

A. — *Des cas où il y a lieu à l'exercice du droit de suite.*

Le créancier hypothécaire exerce le droit de suite, lorsque l'immeuble ou un de ses démembrements est passé dans le patrimoine d'un tiers détenteur.

Les tiers détenteurs sont ceux qui ne sont pas personnellement débiteurs, mais ne sont tenus que comme propriétaires de l'immeuble hypothéqué. Rentrant dans la catégorie de ces tiers: a) la caution réelle; b) les acquéreurs à titre particulier; c) les acquéreurs à titre universel qui ont accepté sous bénéfice d'inventaire; d) celui qui est devenu propriétaire par l'effet de l'usucapion; et enfin l'héritier partiaire.

Pour que l'exercice du droit de suite ait eu lieu il faut supposer une aliénation. Cependant il y a des aliénations qui ne donnent pas lieu à l'exercice du droit de suite, notamment:

a) Des aliénations qui opèrent purge par elles-mêmes: par exemple, expropriation pour cause d'utilité publique (L. 3 mai 1841, art. 17, 2^e al.); adjudication sur saisie immobilière (C. pr. civ. art. 717, 7^e al.); adjudication sur surenchère (C. pr. civ. art. 838, 7^e

al.) ; et adjudication des biens d'un failli (C. com. art. 572; C. pro. civ. art. 953 et suiv.) (15).

b) Lorsque le débiteur détache du fonds des immeubles par destination, ces objets cessent d'être grevés de l'hypothèque. Le droit de suite disparaît alors, car les immeubles par destination sont redevenus des meubles auxquels s'applique la règle « meubles n'ont pas de suite par hypothèque ».

c) Enfin les transmissions à titre universel et la succession acceptée purement et simplement.

B. — Conditions d'exercice du droit de suite.

Pour que le créancier puisse exercer le droit de suite contre le tiers détenteur, deux conditions sont nécessaires :

1° *L'exigibilité de la créance.* — Tant que le terme n'est pas échu, le créancier, qui ne pouvait pas exercer l'action personnelle contre le débiteur, ne serait pas davantage admis à inquiéter le tiers détenteur par l'action hypothécaire; l'hypothèque, droit accessoire, subit l'influence de la modalité qui affecte l'obligation.

2° *La publicité de l'hypothèque.* — L'hypothèque ne peut atteindre le tiers acquéreur qu'autant qu'elle a été rendu opposable aux tiers avant le jour où le titre d'acquisition du détenteur l'est devenu lui-même: l'aliénation opposable aux tiers arrête le cours des ins-

(15) JOSSE RAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, n° 1914. — Voir également sur ce point, PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. XIII, n° 1098; — COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, n° 1338.

criptions, car, désormais, celles-ci ne peuvent être prises, ni sur l'aliénateur qui a cessé d'être propriétaire *erga omnes*, ni sur l'acquéreur qui, par hypothèse, n'est pas le constituant. Lorsqu'un conflit s'élève entre un acquéreur et un créancier hypothécaire, la victoire est donnée à celui des deux qui, le premier, a rendu son droit opposable aux tiers, ce qui revient à dire, pratiquement et dans la plupart des cas, que la question est résolue par les dates de l'inscription de l'hypothèque et de la transcription de l'acte d'aliénation.

C. — *Exercice du droit de suite et divers partis que peut prendre le tiers détenteur poursuivi.*

1° *Mode d'exercice du droit de suite.* — Après l'échéance de la créance, le créancier hypothécaire peut saisir l'immeuble entre les mains du tiers détenteur. A cet effet, il doit faire une double signification (art. 2169 C. civ.) :

a) Il adresse d'abord un commandement au débiteur tenu personnellement de la dette. (art. 673, C. pro. civ.).

b) En même temps, il fait au tiers détenteur une sommation de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage (16).

Trente jours après le commandement fait au débiteur et la sommation faite au tiers, le créancier a le droit de procéder à la saisie (art. 2169 C. civ.).

2° *Divers partis que peut prendre le tiers poursuivi.* — Les divers partis s'offrant au tiers détenteur touché

(16) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, n° 1308; — PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. XIII, n° 1123,

par la sommation du créancier hypothécaire peuvent être groupés en deux catégories:

a) Tout d'abord, il y a des hypothèques dans lesquelles il peut opposer au poursuivant certaines exceptions, notamment: la nullité de l'inscription; la nullité de l'hypothèque; l'extinction de l'hypothèque par l'effet de la prescription; l'exception de garantie; et le bénéfice de discussion, etc...

b) En dehors de ces cas, le tiers détenteur n'a pas d'autres ressources que celles-ci: purger; payer le créancier; délaisser l'immeuble; et se laisser exproprier.

Nous avons indiqué ci-dessus très sommairement le principe du droit de suite du créancier hypothécaire et nous n'y reviendrons plus dans le détail; car cela touche à de simples réglementations et nous craignons de compromettre notre plan. Cependant nous devons dire quelques mots concernant le droit de suite du créancier antichrésiste en droit chinois.

Son droit de suite est très simple et nous le verrons dans ce qui suit:

Toute échéance de la créance ne lui permet pas d'exercer le droit de suite: sa créance se trouve en quelque sorte inexigible.

Toute aliénation de l'immeuble grevé à titre onéreux ne donne pas lieu à l'exercice du droit de suite; mais elle lui ouvre l'exercice du droit de préemption, s'il le veut. Cependant le droit de préemption est entravé à l'occasion de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Quant à l'aliénation à titre gratuit, soit entre vifs, soit à cause de mort, elle ne lui donne lieu ni à l'exercice du droit de suite ni à l'exercice du droit de préemption.

Le droit de suite du créancier antichrésiste ne consiste pas uniquement dans le droit de créance, mais est aussi mélangé à l'idée de la propriété de jouissance. Ainsi, si la propriété est transmise à un tiers, et si ce tiers ne cause aucun trouble à sa jouissance, cela ne donnera pas lieu à l'exercice du droit de suite; mais ce n'est qu'au cas où il serait dépossédé de l'immeuble que le créancier antichrésiste pourrait intenter une action. Ce n'est plus la saisie immobilière qu'il va pratiquer, mais plutôt une action en possession ou une action confessoire.

Au cas où le tiers détenteur s'emparerait de l'immeuble, et serait touché d'un commandement ou assignation (ajournement) de cesser de troubler la possession, il n'aurait que deux partis à prendre: soit payer intégralement le créancier antichrésiste, soit cesser le trouble et le laisser jouir paisiblement de l'immeuble antichrésié.

Remarquons que ce qui est visé ci-dessus est supposé se produire à l'échéance. Si l'action est intentée par l'antichrésiste avant l'échéance contre le tiers détenteur troublant, celui-ci a seulement un parti à prendre, à savoir: cesser le trouble.

QUATRIÈME SECTION

Extinction de l'hypothèque.

L'extinction de l'hypothèque, de même que l'extinction de l'antichrèse, résulte tout naturellement de l'extinction de la créance, c'est-à-dire l'extinction par voie de conséquence.

L'hypothèque peut s'éteindre en outre par voie principale sans que disparaisse la créance :

- 1° La renonciation ;
- 2° L'annulation de l'acte constitutif ;
- 3° La résolution du droit de propriété du constituant ;
- 4° La perte totale de l'immeuble grevé ;
- 5° La prescription.

Les trois premières causes d'extinction sont les mêmes que celles de l'antichrèse chinoise ; tandis que les deux dernières, au contraire, ne sont pas pareilles et demandent quelques explications.

Perte totale de l'immeuble grevé.— Dans l'hypothèque, lorsque l'immeuble est frappé d'un sinistre, en prévision duquel le débiteur avait contracté une assurance, le créancier hypothécaire peut invoquer son droit de préférence pour se faire payer sur le montant de l'indemnité, à l'exclusion des créanciers chirographaires (art. 37 de la loi du 13 juillet 1930).

Tandis que dans l'antichrèse chinoise, faute de texte formel, on doit décider le contraire. Parce que, en premier lieu, le débiteur n'a pas beaucoup d'intérêt à s'assurer contre le sinistre, puisqu'il a perdu la possession et la jouissance de l'immeuble, et en second et dernier lieu, parce que le créancier antichrésiste n'a pas le droit de réclamer le remboursement de sa créance, et son droit sur l'immeuble, à l'encontre du débiteur se réduit en la possession et la jouissance de l'immeuble ; l'immeuble perdu, la créance s'éteint, c'est ce que décide l'article 920 du Code civil Chinois.

De cet article 920, on voit une différence importante entre les deux sortes de sûreté réelle en ce qui con-

cerne la perte de la chose: En France, la perte de la chose éteint l'hypothèque, mais elle laisse subsister intacte la créance. C'est exactement le contraire dans l'antichrèse chinoise, où la perte de la chose éteint la créance elle-même.

Prescription extinctive de l'hypothèque. — La prescription des hypothèques est soumise à des règles différentes, suivant que l'immeuble grevé est entre les mains du débiteur ou entre les mains d'un tiers détenteur (art. 2180, 4^e alinéa C. civ.).

Premier cas: Lorsque l'immeuble hypothéqué est demeuré la propriété du constituant, il n'y a qu'une seule prescription possible, c'est la prescription extinctive, non pas de l'hypothèque, mais de la créance garantie. Cette prescription éteint par contre-coup l'hypothèque.

Second cas: Lorsque l'immeuble grevé n'est pas demeuré propriété du débiteur originaire ou, plus généralement, du constituant de l'hypothèque, mais appartient à un tiers détenteur, la prescription a un caractère particulier. Elle est acquisitive quant à ses conséquences d'existence, et extinctive quant à ses effets. Elle est acquisitive, car elle s'accomplit par la possession prolongée; elle est extinctive, puisqu'elle a pour but d'éteindre l'hypothèque. Elle est indépendante, d'autre part, de la prescription du droit de propriété. Le tiers détenteurs peut être propriétaire régulier de l'immeuble; il peut aussi être un simple possesseur. Dans ce second cas, pour devenir propriétaire incommutable de l'immeuble, et se trouver désormais à l'abri de toute chance d'éviction, il devra prescrire, à la fois et la propriété, et la libération de l'hypothèque.

que. Mais ces deux prescriptions seront indépendantes l'une de l'autre; elles pourront être soumises à des conditions différentes.

Il n'en est pas de même en Chine, où l'antichrèse n'est pas soumise à la prescription extinctive soit de la part du constituant, soit de la part d'un tiers détenteur. Cela se comprend facilement, puisque le créancier antichrésiste ne peut réclamer sa créance; par conséquent, il n'a pas de moyen d'arrêter la prescription par une action comme le créancier hypothécaire peut le faire en procédant à l'action hypothécaire pour l'interrompre.

Au contraire, le créancier antichrésiste a une espèce de prescription à l'encontre du débiteur, et elle est une cause d'extinction de l'antichrèse. Ainsi, la loi décide que si le débiteur ne s'acquitte pas de la dette, deux ans après l'expiration du contrat si c'est un contrat à terme fixe (art. 923 C. civ. chinois), ou, trente ans après la constitution de l'antichrèse si c'est un contrat sans terme fixe, le créancier antichrésiste impayé acquiert la propriété de l'immeuble antichrèse (art. 923 et 924 C. civ. chinois).

CHAPITRE V

Comparaison avec la promesse de vente.

La promesse de vente est un contrat par lequel une personne s'engage à vendre à l'autre partie une chose, sans que celle-ci consente immédiatement à acheter.

Cependant, l'article 1589 semble assimiler les deux opérations, car il dit: « *La promesse de vente vaut vente*, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ». En réalité, ce texte vise non pas la promesse de vente proprement dite, ou *promesse unilatérale*, mais la *promesse synallagmatique de vendre et d'acheter* qui, elle, est bien une vente (1): Car, si celui à qui est faite la promesse de vente consentait immédiatement à acheter, il n'y aurait pas promesse de vente, il y aurait vente parfaite et complète, et une vente qui produirait immédiatement ses effets. Ce serait un acte de vente mal qualifié ou mal rédigé, dans lequel les parties auraient dit: « Je promets de vendre... je promets d'acheter... » au lieu de: « Je vends... j'achète... ». On peut affirmer que cela ne se fait jamais en pratique (2).

La promesse de vente est donc une convention

(1) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, n° 513.

(2) PLANIOL, *op. cit.*, t. II, n° 1400 et note 1.

essentiellement unilatérale. Il n'y a pas encore de vente, puisqu'il n'y a pas encore d'acheteur. Il y a une obligation unique, contractée par le propriétaire qui seul s'est obligé en promettant de vendre.

Cette promesse n'est pas une simple pollicitation, qui puisse être retirée à volonté par celui qui l'a faite. Elle constitue un engagement définitif, puisqu'il a été accepté par l'autre partie. C'est donc un *contrat spécial* (3), qui a sa nature et ses effets propres, et qui porte un nom : « La promesse de vente ». Ce n'est pas encore une vente, mais la vente se complétera peut-être un jour par l'adhésion de l'acheteur, si cela lui plaît.

Cette promesse de vente ne deviendra synallagmatique que le jour où la partie bénéficiaire de la promesse unilatérale s'engagera à devenir acquéreur ; c'est alors seulement que la promesse de vente produira les effets normaux d'une vente.

Les promesses de vente sont extrêmement nombreuses en pratique et rendent de grands services. Par exemple, le locataire d'un immeuble qui, n'ayant pas les capitaux disponibles pour réaliser l'acquisition, se fait consentir une promesse de vente qui lui donne la certitude de devenir un jour propriétaire et lui assure ainsi un établissement définitif ; le prix fixé pourra consister en une somme d'argent que l'acheteur levant option, paiera en une fois à son vendeur ; il pourra également être constitué par une majoration du loyer annuel, soit que, à défaut de vente, le bailleur restitue les sommes reçues à ce titre, soit qu'il les conserve au contraire à titre d'indemnité (4).— C'est aussi le cas

(3) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. X, n° 176.

(4) Paris, 6 février 1925, D. 1926.2.1.

d'une personne qui veut monter une entreprise industrielle, et n'a encore que des capitaux insuffisants. Au lieu d'acheter un terrain, ce qui immobiliserait ses fonds et constituerait une perte de plus, si l'entreprise ne réussit pas, elle se contente de le prendre à bail, avec faculté d'y construire les hangars et autres bâtiments dont elle pourra avoir besoin. En outre, elle se fait promettre par son bailleur, la vente du terrain, si elle se décide, un jour, à l'acheter et si elle en a les moyens. Elle a ainsi la certitude de devenir propriétaire de ce terrain et de pouvoir donner à son établissement un caractère définitif.

Ces promesses constituent un contrat valable, et il serait faux de prétendre qu'elles sont entachées de nullité par le caractère potestatif de l'obligation de l'acheteur; car cet acheteur éventuel joue dans la promesse de vente le rôle de stipulant et la nullité de l'article 1174 du Code civil ne s'applique qu'aux conditions potestatives « de la part de celui qui s'oblige » (5).

Diverses circonstances peuvent accentuer la ressemblance qui existe entre la promesse de vente française et l'antichrèse chinoise. On peut concevoir, par exemple, que le bénéficiaire de la promesse est en jouissance de l'immeuble, — par exemple en vertu d'un bail consenti par le promettant, — et qu'il avance une certaine somme au promettant, en se réservant la faculté de la faire venir en déduction de son prix d'achat, dans le cas où il lèverait l'option.

Nous avons étudié la promesse de vente en général;

(5) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. X, p. 187; — LAURENT, *op. cit.*, t. XXIV, n° 9; — AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. V, § 349, p. 8.

maintenant nous sommes arrivé à notre sujet proposé: le pacte ou promesse de préférence, une variété de promesse de vente (6).

Le pacte de préférence est une convention très fréquente, par laquelle l'une des parties s'engage à choisir l'autre partie comme acheteur pour le cas où elle se déciderait à vendre sa chose; il est généralement admis que le prix sera alors déterminé par le prix que des tiers pourraient avoir offert de la même chose.

Cette opération n'est pas autre chose qu'une promesse de vente avec ceci de particulier que le promettant n'est pas lié d'une façon définitive comme dans la simple promesse de vente. Il ne vendra que s'il se décide. Cette condition n'est pas la condition purement potestative prohibée par la loi. Car, la réalisation de la condition ne dépend pas seulement de la volonté de l'auteur de la promesse, mais pour la grande partie, des circonstances qui pourraient le contraindre à vendre sa chose (7). Il y a donc condition potestative simple.

Les conventions de ce genre interviennent fréquemment entre un bailleur et un locataire (8), ou entre un vendeur à réméré et un acheteur pour le cas où le vendeur voudrait revendre la chose après exercice du réméré (9).

Le pacte de préférence n'est pas cessible; il est en effet toujours consenti *intuitu personæ* et se différencie sur ce point des simples promesses de vente (10); mais

(6) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, p. 475.

(7) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, p. 475; -- PLANIOL, *op. cit.*, t. II, n° 1401, p. 494.

(8) Req., 12 janvier 1926, D.H. 1926.116.

(9) Toulouse, 6 novembre 1825, S. 26.2.277.

(10) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. X, n° 184; -- LALOU, *Chronique* au D.H. 1929, p. 42.

rien n'empêche de stipuler que le bénéficiaire pourra céder son droit.

Les effets du pacte de préférence sont dominés par l'idée que l'engagement du vendeur constitue une simple obligation et que le droit de l'acheteur éventuel n'est qu'un droit personnel (11). La promesse ne réalise donc aucun transfert de propriété; elle laisse intégralement les risques de la chose à la charge du promettant. D'une façon générale et quel que soit l'objet du contrat, le promettant restant propriétaire de la chose conserve les droits d'administration et de jouissance. Il peut en principe aliéner même la chose, sans que le droit personnel du stipulant soit opposable aux tiers acquéreurs, sauf les dommages-intérêts du promettant au profit du stipulant (12). Cependant, si les tiers acquéreurs connaissent l'existence du pacte, la jurisprudence tend à leur imposer, en vertu de la règle *Fraus omnia corrumpit*, l'obligation de restituer la chose acquise par eux en fraude des droits du stipulant (13).

Lorsque le promettant a manifesté son intention de vendre et fait connaître le prix offert par un tiers, le bénéficiaire n'est jamais tenu d'acheter (14); si ce bénéficiaire laisse passer un temps trop long sans manifester sa volonté, les tribunaux peuvent apprécier en fait qu'il a renoncé à invoquer l'obligation née du pacte à la charge du promettant (15). Si au contraire,

(11) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. X, n° 178.

(12) Toulouse, 15 juillet 1818, D. Jur. gén. V° Vente, n° 310, S. Chr.

(13) Nancy, 4 avril 1906, D.P. 1908.2.148, S. 1906.2.241, note de M. Bourcart; Req., 15 avril 1902, D.P. 1903.1.38, S. 1902.1.316.

(14) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. X, n° 185.

(15) Toulouse, 17 mai 1880, D. 81.2.220, S. 80.2.322.

le bénéficiaire donne son adhésion, la vente est définitivement réalisée à son profit et la propriété de la chose se trouve transférée moyennant le paiement du prix convenu. Comme dans la simple promesse de vente, c'est seulement au jour où la vente se réalise qu'elle produit tous ses effets légaux.

Dans l'antichrèse chinoise, il y a une espèce de promesse de vente et en particulier un pacte de préférence.

La promesse de vente est visée par l'article 913 du Code civil chinois et en voici le texte: « Lorsque l'antichrèse a été conclue pour une période de moins de quinze ans, il est interdit d'insérer dans le contrat la clause disposant que si le bien n'est pas repris dans cette période, il est considéré comme vendu irrévocablement » (c'est un pacte commissaire). On voit par là que cette promesse est plutôt une menace qu'une promesse de vente proprement dite, car à l'échéance, si le débiteur ne rachète pas son bien, ce dernier est acquis définitivement par le créancier. La loi limite la période à quinze ans, afin d'éviter que le créancier ne fasse trop la loi à son débiteur. Mais rien n'empêche que le débiteur consente une promesse de vente proprement dite à son créancier. Promesse par laquelle le créancier antichrésiste a simplement un droit d'option à son profit; dans ce cas, il devrait payer au débiteur promettant, le prix convenu quand il lèvera l'option.

Le pacte de préférence ou le droit de préemption est un droit de préférence accordé par la loi au créancier antichrésiste au cas où le débiteur serait disposé à vendre son bien donné en antichrèse; le prix est toujours égal à celui offert par un tiers.

Quant aux effets, ils sont identiques à ceux du pacte de préférence ci-dessus indiqués, c'est-à-dire que le créancier acheteur ne devient propriétaire que du jour où il donne son consentement.

Il y a une seule différence: c'est que le droit de préemption du créancier antichrésiste est légal et non conventionnel, c'est-à-dire déterminé par la loi elle-même. En d'autres termes, tous les contrats d'antichrèse comportent un pacte de préférence au profit du créancier antichrésiste.

Mais en France, il n'est pas impossible de trouver des droits de préférence accordés par la loi elle-même à certaines personnes déterminées, notamment:

La loi du 24 mai 1842 ouvre dans son article 3 un droit de préemption au profit des riverains d'une route déclassée, chacun au droit de sa propriété. Un délai de trois mois à compter du décret de déclassement est ouvert aux propriétaires pour faire connaître leur décision à cet égard et le prix de cession est fixé par le jury d'expropriation.

Le Code civil offre aussi un exemple remarquable d'un droit de préférence. Il est écrit dans l'article 563 tel qu'il a été modifié par la loi du 8 avril 1898.

CONCLUSION

Arrivé au terme de cette étude, il nous faut conclure que l'« antichrèse » chinoise (« tien ») présente des traits essentiellement chinois. Son maintien se justifie par les nécessités sociales: en Chine, le prêt à intérêt est toujours condamné, non légalement, mais moralement par toute classe sociale; et le caractère des Chinois se différencie de celui des Occidentaux par le fait qu'en principe, ils n'aiment pas faire d'emprunts directement à quelqu'un; ils préfèrent se faire de l'argent, avec leurs biens par un moyen détourné, s'il leur est possible. Mais une vente définitive des immeubles pour se garer d'une crise passagère leur paraît être trop dure; alors ils emploient la façon modérée: « tien ». Et cette façon de crédit leur permet de ne pas être poursuivis par le créancier.

Au point de vue juridique, l'antichrèse chinoise ne correspond pas en tous points à l'antichrèse française, puisqu'un élément important lui manque: le droit du créancier d'exiger la créance à l'échéance. Mais au point de vue de sa nature et de la place qu'elle occupe dans le Code civil de la République de Chine, elle correspond *en droit* à l'antichrèse française; car en Chine, à côté du « tien » (antichrèse), on a également

la « vente à réméré » (Code civil, art. 379 et suiv.) (1), et c'est pourquoi nous avons employé le terme « antichrèse » et non celui de « vente à réméré ».

Au fond et envisagé cette fois tant au point de vue juridique qu'au point de vue économique, le « tien » n'est pas autre chose qu'une « vente d'immeuble à réméré et motivée par la nécessité de crédit », parce que le « tien » ne diffère que par des détails de la « vente à réméré » proprement dite (2).

L'hypothèque moderne du type français a été adoptée par la majeure partie des législations contemporaines; de même la Chine lui a fait place dans le Code civil et l'a consacrée dans les articles 860 à 883.

Quant au mort-gage anglais, depuis le triomphe de l'Équité, il changea de physionomie et s'est transformé à peu près en hypothèque.

Ainsi donc, la notion de sûreté réelle immobilière tend, même dans les idées des Chinois, à s'identifier avec celle d'hypothèque, et celle-ci tend à constituer une sorte de droit commun universel.

(1) Il suffit de se référer à ces textes pour voir que la réglementation n'est pas exactement la même que celle de l'antichrèse. Ainsi, par exemple, le délai maximum fixé pour le rachat — cinq ans, art. 380 — est beaucoup plus court qu'en matière d'antichrèse, et le législateur édicte pour le remboursement des impenses (art. 382) une disposition qui n'a pas d'analogue en matière d'antichrèse.

Pour distinguer un contrat de vente à réméré d'un contrat d'antichrèse, il faut se reporter au *titre* de l'acte : Tandis que l'acte de vente à réméré porte le titre « vente à réméré », l'acte d'antichrèse porte le titre « *tien* ». D'ailleurs, la distinction est délicate, quand il s'agit d'un acte sans *titre*. En effet, la « vente à réméré » (proprement dite) a été, à notre avis, adoptée à tort par le Code civil chinois, puisque, en somme, le « tien » poursuit le même but et produit les mêmes résultats. (Voir sur ce point, W. C. WEI, *Des obligations*, p. 47, Shanghai, 1931.).

(2) Voir *suprà*, deuxième partie, chapitre III.

Peut-être, cependant, le « tien » conservera-t-il, — malgré les transformations économiques et sociales, — un certain rôle utile, distinct de celui de l'hypothèque. Nous ne sommes pas très convaincu qu'il soit utile, en législation, de conserver la théorie de la mise en possession nécessaire du créancier, exigée actuellement par la loi chinoise en matière d'antichrèse : cette mise en possession est, pour le créancier, un embarras plutôt qu'un avantage réel. Mais l'antichrèse peut être utile au développement de la législation chinoise en aidant la pratique à concevoir la notion d'une créance dont le gage est limité à un bien du débiteur, et qui n'est pas recouvrable sur les autres biens. C'est cette conception, analogue à celle de la *Grundschuld* allemande (B. G. B. allemand, § 1191 et suiv.) qui peut être féconde, et qui s'introduira peut-être en Chine par l'intermédiaire de l'antichrèse.

VU :

Le Président de la thèse,
MARC DESSERTAUX.

VU :

Le Doyen de la Faculté de Droit,
A. GUILLOIS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Dijon, le 30 Mars 1936.
Le Recteur de l'Académie de Dijon,
J.-E. SPENLÉ.

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS (C.). — *Précis de droit romain*, 2 vol., 4^e éd., Paris, Cotillon, 1886-1891.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 12 vol., 5^e éd., Paris, Marchal et Billard-Godde, 1897-1922.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil*, 3 vol., 9^e éd., Paris, Larose, 1905-1906.
- BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. — *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, 3 vol., 3^e éd., Paris, Larose, 1906.
- BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT. — *De la vente et de l'échange*, 2^e éd., Paris, Larose, 1907.
- BEAUCHET (L.). — *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, 4 vol., Paris, Chevalier-Marescq, 1897.
- BEUDANT (Ch. et R.). — *La vente et le louage*, Paris, Rousseau, 1908.
- *Les sûretés personnelles et réelles*, 2 vol., Paris, Rousseau 1900-1902.
- BLACKSTONE. — *Commentaries on the Law of England*, 4 vol., 15^e éd., avec notes et additions de E. Christian, Londres, 1809. — Traduction française par N.-M. CHROMPRÉ, 6 vol., Paris, 1822-23.
- BRÉTILLARD. — *Le pacte de préférence*, Thèse, Paris, Jouve, 1929.
- BRISSAUD (J.). — *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, 2 vol., Paris, Albert Fontemoing, 1904.
- BRUNDSCHWIG. — *Du contrat pignoratif immobilier*, Thèse, Paris, Duchemin, 1901.
- CHÉNON (E.). — *Histoire générale du droit français public et privé*, 2 vol., Paris, Sirey, 1926-1929.
- Code civil de la République de Chine*. — Traduit du chinois par HO TCHONG-CHAN, Recueil Sirey, Paris, 1930-31 (en 2 fascicules).

- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 3 vol., 7^e éd., Paris, Dalloz, 1931-1932.
- COOTE. — *Treatise on the Law of Mortgages*, 9th edition, by R. L. Ramsbotham, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1927, 2 vol.
- DAUTRICHE. — *La promesse unilatérale de vente en droit français*, Thèse, Paris, Bossuet, 1930.
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de Code civil*, 9 vol., 2^e éd., Paris, E. Plon et Cie, 1881-1895.
- DEMOLOMBE (C.). — *Cours de Code civil*, 31 vol., édit. de 1896, Paris, Auguste Durand.
- DENISART. — *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, 9 vol., Paris, Desaint, 1783-1790.
- DESSERTAUX (M.). — *A quel critérium peut-on reconnaître les cas d'application de la libre recherche scientifique ?* Paris, Sirey, 1935.
- FAILLITE (A.). — *Du crédit documentaire dans l'économie moderne*, Thèse, Paris, 1924.
- FENET (P.-A.). — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, Videcoq, 1836.
- FISHER (W. R.). — *The Law of Mortgages and other Securities upon Property*, 6th edition by A. Underhill & A. Cole, London, Butterworth & Co., 1910.
- FOISSIN. — *Des promesses de vente*, Thèse, Toulouse, 1924.
- GARSONNET et CÉZAR-BRU. — *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les conseils de prud'hommes*, 9 vol., 3^e éd., Paris, Larose et Tenin, 1912-1925.
- GUILLOUARD (L.). — *Traité de la vente et de l'échange*, 2 vol., 3^e éd., Paris, Pédone, 1902-1904.
- *Traité des privilèges et hypothèques*, 4 vol., Paris, Pédone, 1896-1899.
- HUC (T.). — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 15 vol., Paris, Pichon, 1892-1913.
- JALLÈS (L.). — *Etude comparée sur les effets de l'antichrèse*, Thèse, Paris, Rousseau, 1897.
- JENKS (E.). — *A Digest of English civil Law*, 2nd edition, London, Butterworth & Co., 1921. — Traduction française par Théophile BAUMANN et P. GOULE, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1923, 2 vol.

- JOSSERAND. — *Cours de droit civil positif français*, 3 vol., 2^e éd., Paris, Sirey, 1930-1932.
- LAURENT (F.). — *Principes de droit civil français*, 33 vol., 3^e éd., 1869-1898; Suppl. 8 vol., 1898-1903. Bruxelles, Bruylant-Christophe; Paris, Durand et Pédone.
- LEHR (E.). — *Éléments de droit civil anglais*, 2 vol., 2^e éd., par Jacques DUMAS, Paris, Larose et Tenin, 1906.
- LOBUT (H.). — *L'antichrèse autrefois et aujourd'hui*, Thèse, Paris, 1897.
- MARCADÉ et PONT. — *Commentaire-Traité théorique et pratique des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, 2 vol., Paris, Cotillon, 1859.
- MOURLON (F.). — *Traité théorique et pratique de la transcription d'après la loi du 23 mars 1855 en matière hypothécaire*, 2 vol., Paris, Marescq, 1862.
- PLANIOL (M.). — *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol., 10^e éd., avec la collaboration de G. RIPERT, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1925-1927.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol., Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1925-1934.
- POTHIER. — *Traité de l'hypothèque*, Paris, Dabo jeune, 1825.
- PROUDHON (J.-B.-V.). — *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, 9 vol., Dijon, Douiller, Imprimeur de la Faculté de Droit, 1823-1827.
- SPENCE. — *Equity Jurisprudence*.
- STRAHAN (J. Andrew). — *The Principles of the general Law of Mortgages*, 2nd edition, London, Sweet & Maxwell Ltd., 1913.
- THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*, 2 vol., 7^e éd., Paris, Rousseau, 1925.
- THÉLOHAN (G.-D.). — *De la vente à réméré*, Thèse, Rennes, 1890.
- TROPLONG. — *Droit civil expliqué*, 28 vol., Paris, Charles Hingray, 1837-1856.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	9
------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

L'antichrèse ou « tien » en droit chinois.

CHAPITRE PREMIER. — L'ANTICHRÈSE DANS L'ANCIEN DROIT DE LA CHINE	27
---	----

CHAPITRE II. — COMMENTAIRE DES DISPOSITIONS DU CODE CIVIL DE LA RÉPUBLIQUE DE CHINE. . . .	41
§ 1. — Définition et nature de l'antichrèse	43
§ 2. — Constitution de l'antichrèse	46
§ 3. — Délai de l'antichrèse	51
§ 4. — Effets de l'antichrèse	53
§ 5. — Extinction de l'antichrèse	59

DEUXIÈME PARTIE

Comparaison de cette institution avec diverses institutions françaises et anglaises contemporaines

CHAPITRE PREMIER. — COMPARAISON AVEC LE MORT- GAGE ANGLAIS	67
§ 1. — Constitution du mort-gage	70
§ 2. — Effets du mort-gage	72
§ 3. — Extinction du mort-gage	81

CHAPITRE II. — COMPARAISON AVEC L'ANTICHRÈSE DU DROIT FRANÇAIS	83
§ 1. — Formation du contrat d'antichrèse	84
§ 2. — Effets de l'antichrèse	86
§ 3. — Extinction de l'antichrèse	91
APPENDICE. — COMPARAISON AVEC LA CESSION DE LOYERS OU FERMAGES NON ÉCHUS.....	94
CHAPITRE III. — COMPARAISON AVEC LA VENTE A RÉMÉRÉ.	99
PREMIÈRE SECTION. — <i>Notions historiques sur la vente à réméré dans l'ancien droit français</i>	99
DEUXIÈME SECTION. — <i>Vente à réméré dans le droit français actuel</i>	101
§ 1. — Conditions d'exercice de la faculté de réméré.	105
§ 2. — Effets du réméré	108
CHAPITRE IV. — COMPARAISON AVEC L'HYPOTHÈQUE....	115
PREMIÈRE SECTION. — <i>Définition et caractère de l'hypothèque.</i>	115
DEUXIÈME SECTION. — <i>Constitution de l'hypothèque</i>	120
§ 1. — Conditions requises dans la personne du constituant	120
§ 2. — Formes du contrat de constitution d'hypothèque	123
TROISIÈME SECTION. — <i>Effets de l'hypothèque</i>	125
§ 1. — Conséquences de l'hypothèque à l'égard du débiteur	125
§ 2. — Avantages que l'hypothèque procure au créancier à l'égard des tiers.....	128
QUATRIÈME SECTION. — <i>Extinction de l'hypothèque</i>	135

TABLE DES MATIÈRES	157
CHAPITRE V. — COMPARAISON AVEC LA PROMESSE DE VENTE.	139
CONCLUSION	147
BIBLIOGRAPHIE	151



